

التَّائِمِينَ

القسم الثاني

ب - قياس عقد التَّائِمِينَ على الوعد الملزم عند المالكية :
فيما يلي كلام العلماء السابقين في الوعد هل يجب الوفاء به أولاً .
ثم ما تيسر من كلام علماء العصر في هذا الدليل مع المناقشة .

قال أحمد بن علي الرازي في كلامه على قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَمْ تَقُولُوا مَالًا تَفْعَلُونَ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَالًا تَفْعَلُونَ ﴾^(١) قال أبو بكر يحتج به في أن كل من ألزم نفسه عبادة أو قرابة أو أوجب على نفسه عقداً لزمه الوفاء به إذ ترك الوفاء به يوجب أن يكون قائلاً مالا يفعل وقد ذم الله فاعل ذلك وهذا فيما لم يكن معصية وكذلك الوعد بفعل يفعله في المستقبل وهو مباح فإن الأولى الوفاء مع الإمكان فأما قول القائل إني سأفعل كذا فإن ذلك مباح له على شريطة استثناء مشيئة الله وأن يكون في عقد ضميره الوفاء به ولا جائز له أن يعدو في ضميره أن لا يفني به لأن ذلك هو المحذور الذي نهى الله عنه ومقت فاعله عليه وإن كان في عقد ضميره الوفاء به ولم يقرنه بالاستثناء فإن ذلك مكروه لأنه لا يدري هل يقع منه الوفاء به أم لا فغير جائز له إطلاق القول في مثله مع خوف إخلاف فيه .^(٢)

(١) سورة الصف آية ٢ ، ٣ .

(٢) أحكام القرآن ٥٤٣/٣ وما بعدها .

وقال القرطبي في تفسير هذه الآية قال ابن العربي : فإن كان المقول منه وعداً فلا يخلو أن يكون منوطاً بسبب كقوله إن تزوجت أعنتك بدينار أو ابتعت حاجة كذا أعطيتك كذا فهذا لازم إجماعاً من الفقهاء ، وإن كان وعداً مجرداً فقليل يلزم وتعلقوا بسبب الآية فإنه روى - إنهم كانوا يقولون - لو نعلم أي الأعمال أفضل أو أحب إلى الله لعملناه فأنزل الله تعالى هذه الآية وهو حديث لا بأس به ، وقد روى عن مجاهد أن عبد الله بن رواحة لما سمعها قال : لا أزال حبيسا في سبيل الله حتى أقتل ، والصحيح عندي أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر . قلت قال مالك فأما العدة مثل أن يسأل الرجل الرجل أن يهب له الهبة فيقول له نعم ثم يبدو له أن لا يفعل فما أرى ذلك يلزمه ، وقال ابن القاسم إذا وعد الغرماء فقال أشهدكم أني وهبت له من أن يؤدي إليكم فإن هذا يلزمه وإما أن يقول أنا أفعل ثم يبدو له فلا أرى عليه ذلك . قلت أي لا يقضي عليه بذلك ، فأما مكارم الأخلاق وحسن المرأة فنعم ، وقد أثنى الله على من صدق وعده ووفى بنذره فقال : ﴿ والموفون بعهدهم إذا عاهدوا ﴾^(١) وقال تعالى : ﴿ واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادقا للوعد ﴾^(٢) وقد تقدم بيانه^(٣) .

وقال القرطبي أيضا : الرابعة قوله تعالى : ﴿ لم تقولون مالا تفعلون ﴾ استفهام على جهة الإنكار والتوبيخ على أن يقول الإنسان عن نفسه من الخير مالا يفعلُه أما في الماضي فيكون كذبا وأما في المستقبل

(١) سورة البقرة آية ١٧٧ .

(٢) سورة مريم آية ٥٤ .

(٣) تفسير القرطبي ٧٩/١٨ ، ٨٠ تفسير سورة الصف .

فيكون خلفاً وكلاهما مذموم وتأول سفيان بن عيينة قوله تعالى : ﴿ لم تقولون مالا تفعلون ﴾ أي لم تقولون ما ليس الأمر فيه إليكم فلا تدرون هل تفعلون أو لا تفعلون فعلى هذا يكون الكلام محمولا على ظاهره في إنكار القول^(١) .

وقال القرطبي أيضا : وقال أبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي والشافعي وسائر الفقهاء أن العدة لا يلزمه منها شيء لأنها منافع لم يقبضها في العارية لأنها طارئة وفي غير العارية هي أشخاص وأعيان موهوبة لم تقبض فلصاحبها الرجوع . انتهى المقصود^(٢) .

وقال القرافي : الفرق الرابع عشر والمئتان بين قاعدة الكذب وقاعدة الوعد وما يجب الوفاء به منه ومالا يجب .

قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون ﴾ والوعد إذا أخلف قول لم يفعل فيلزمه أن يكون كذبا محرما وأن يحرم إخلاف الوعد مطلقا . وقال عليه السلام : « من علامة المنافق ثلاث إذا أتمن خان وإذا حدث كذب وإذا وعد أخلف » فذكره في سياق الذم دليل على التحريم ، ويروى عن رسول الله ﷺ أنه قال : وأي المؤمن واجب أي وعده واجب الوفاء به . ، وفي الموطأ قال رجل لرسول الله ﷺ أكذب لامرأتي ؟ فقال عليه السلام لا خير في الكذب ، فقال يارسول الله أفأعدها وأقوله لها ؟ فقال عليه السلام لا جناح عليك فمنعه من الكذب المتعلق بالمستقبل ، فإن رضى النساء إنما يحصل به ، ونفى الجناح على الوعد وهو يدل على أمرين :

(١) تفسير القرطبي ٨٠/١٨ تفسير سورة الصف .

(٢) تفسير القرطبي ١١٩/١١ تفسير سورة مريم .

أحدهما : أن إخلاف الوعد لا يسمى كذباً لجعله قسم الكذب .
 وثانيهما : أن إخلاف الوعد لا حرج فيه ، ولو كان المقصود الوعد الذي
 يفني به لما احتاج للسؤال عنه ، ولما ذكره مقرونًا بالكذب ، ولكن قصده
 إصلاح حال امرأته بما لا يفعلُه فتخيل الحرج في ذلك فاستأذن عليه .
 وفي أبي داود قال عليه السلام إذا وعد أحدكم أخاه ومن نيته أن
 يفني فلم يف فلا شيء عليه . فهذه الأدلة تقتضي عدم الوفاء بالوعد
 وأن ذلك مباح ، والكذب ليس بمباح فلا يكون الوعد يدخله الكذب
 عكس الأدلة الأول . واعلم أنا إذا فسرنا الكذب بالخبر الذي لا يطابق
 لزوم دخول الكذب في الوعد بالضرورة مع أن ظاهر الحديث يأباه ،
 وكذلك عدم التأثيم فمن الفقهاء من قال : الكذب يختص بالماضي
 والحاضر والوعد إنما يتعلق بالمستقبل فلا يدخله الكذب وسيأتي الجواب
 عن الآية ونحوها إن شاء الله تعالى .

ومنهم من يقول لم يتعين عدم المطابقة في المستقبل بسبب أن
 المستقبل زمان يقبل الوجود والعدم ولم يقع فيه بعد وجود ولا عدم
 فلا يوصف الخبر عند الإطلاق بعدم المطابقة ولا بالمطابقة لأنه لم يقع
 بعد ما يقتضي أحدهما . وحيث قلنا الصدق القول المطابق والكذب
 القول الذي ليس بمطابق ظاهر في وقوع وصف المطابقة أو عدمها بالفعل
 وذلك مختص بالحال والماضي ، وأما المستقبل فليس فيه إلا قبول المطابقة
 وعدمها ونحن متى حددنا بوصف نحو قولنا في الإنسان الحيوان الناطق
 أو نحوه إنما نريد الحياة والنطق بالفعل لا بالقول وإلا لكان الجماد والنبات
 كله إنساناً لأنه قابل للحياة والنطق ، وهذا التعليل يؤيد القول الأول .
 ومنهم من يقول الكل يدخله الكذب وإنما سوغ في الوعد تكثيراً
 للعدة بالمعروف فعلى هذا لا فرق بين الكذب والوعد ، والأول هو الذي

ظهر لي لعدم تعيين المطابقة وعدمها الذين هما ضابطا الصدق والكذب ، وعلى ذلك يقع الفرق بينه وبين الكذب وبين الصدق فلا يوصف بواحد منهما ويختص بالماضي والحاضر - وبعد إيراد اعتراض وإجابته عنه قال : واعلم أن الفقهاء اختلفوا في الوعد هل يجب الوفاء به شرعا أم لا ؟ قال مالك : إذا - سألك أن تهب له ديناراً فقلت نعم ، ثم بدا لك لا يلزمك ، ولو كان افتراق الغرماء عن وعد وإشهاد لأجله لزمك لإبطالك مغرماً بالتأخير . -

قال سحنون الذي يلزم من الوعد قوله اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به واخرج إلى الحج وأنا أسلفك أو اشتر سلعة أو تزوج امرأة وأن أسلفك لأنك أدخلته بوعدك في ذلك ، أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به ، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق ، وقال أصبغ يقضي عليك به تزوج الموعود أم لا . وكذا أسلفني لأشتري سلعة كذا ، لزمك ، تسبب في ذلك أم لا . والذي لا يلزم من ذلك أن تعده ، من غير ذكر سبب فيقول : أسلفني كذا فتقول : نعم . بذلك قضى عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - وإن وعدت غريمك بتأخير الدين لزمك لأنه إسقاط لازم للحق سواء قلت له أوخرك أو أخرتك وإذا أسلفته فعليك تأخيره مدة تصلح لذلك وحينئذ تقول مرجع الجمع بين الأدلة المتقدمة التي يقتضي بعضها الوفاء به وبعضها عدم الوفاء به أنه إن أدخله في سبب يلزم بوعده لزم كما قال مالك وابن القاسم وسحنون أو وعده مقرونا بذكر السبب كما قال أصبغ لتأكد العزم على الدفع حينئذ ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك مع أنه قد قيل في الآية أنها نزلت في قوم كانوا يقولون جاهدنا وما جاهدوا وفعلنا أنواعا من الخيرات وما فعلوها ولا شك أن هذا محرم لأنه كذب ، ولأنه تسميع بطاعة الله وكلاهما محرم

ومعصية اتفاقا ، وأما ما ذكر من الإخلاف في صفة المنافق فمعناه أنه سجية له ومقتضى حاله الإخلاف ومثل هذه السجية يحسن الذم بها كما يقال سجيته تقتضي البخل والمنع فمن كانت صفاته تحت على الخير مدح أو تحت على الشر ذم شرعا وعرفا واعلم أنه لا بد في هذا الفرق من مخالفة بعض الظواهر إن جعلنا الوعد يدخله الكذب بطل لقوله عليه السلام للسائل لما قال له أكذب لا مرأى ؟ قال لا خير في الكذب وأباح له الوعد وهو ظاهر في أنه ليس بكذب ولا يدخله الكذب ولأن الكذب حرام إجماعا فيلزم معصيته فيجب الوفاء به نفيا للمعصية وليس كذلك ، وإن قلنا إن الكذب لا يدخله ورد علينا ظواهر وعد الله ووعيده فلا بد من الجمع بينهما وما ذكرته أقرب الطرق في ذلك^(١) .

وقال ابن حجر قوله « باب من أمر بإنجاز الوعد » وجه تعلق هذا الباب بأبواب الشهادات أن وعد المرء كالشهادات على نفسه ، قاله الكرمانى ، وقال المهلب : إنجاز الوعد مأمور به مندوب إليه عند الجميع وليس بفرض لاتفاقهم على أن الموعد لا يضارب بما وعد به مع الغرماء . اهـ .

ونقل الإجماع في ذلك مردود ، فإن الخلاف مشهور ، لكن القائل به قليل ، وقال ابن عبد البر وابن العربي : أجّل من قال به عمر بن عبد العزيز وعن بعض المالكية إن ارتبط الوعد بسبب وجب الوفاء به وإلا فلا ، فمن قال لا آخر تزوج ولك كذا فتزوج لذلك وجب الوفاء به . وخرج بعضهم الخلاف على أن الهيئة هل تملك بالقبض أو قبله ، وقرأت بخط أبي رحمه الله في إشكالات على الأذكار للنووي « ولم يذكر جوابا عن الآية يعني قوله تعالى : ﴿ كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا

(١) الفروق ٢٠/٤ - ٢٥ .

تفعلون ﴿ وحديث آية المنافق - قال : والدلالة للوجوب منها قوية فكيف حملوه على كراهة التنزيه مع الوعيد الشديد ، وينظر هل يمكن أن يقال يحرم الإخلاف ولا يجب الوفاء ؟ أي يأثم بالإخلاف وإن كان لا يلزم بوفاء ذلك ^(١) .

وقال محمد بن مفلح : ولا يلزم الوفاء بالوعد ، نص عليه (وهـ ش) لأنه يحرم بلا استثناء لقوله تعالى : ﴿ ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله ﴾ ^(٢) .

ولأنه في معنى الهبة قبل القبض . وذكر شيخنا وجهها : يلزم ، واختاره ، ويتوجه أنه رواية من تأجيل العارية والصلح عن عوض المتلف بمؤجل . ولما قيل للإمام أحمد : بم يعرف الكذابون ؟ قال بخلف المواعيد ، وهذا متجه ، وقاله من الفقهاء ابن شبرمة ، وقال ابن العربي المالكي : أجل من قاله عمر بن عبد العزيز لقوله ﴿ كبر مقتا عند الله ﴾ . ولخبر آية المنافق ثلاث . إذا وعد أخلف ^(٣) . وحملنا على وعد واجب . وبإسناد حسن «العدة عطية» وبإسناد ضعيف «العدة دين» وذكر أبو مسعود الدمشقي والبرقاني أن مسلما روى « ولا يعد الرجل صبيّه ثم يخلفه » . ورواه ابن ماجه من حديث ابن مسعود بإسناد حسن « ثم لا يفني له » فإن الكذب يهدي إلى الفجور . وفيه . والسعيد من وعظ بغيره . وفيه عبيد بن ميمون المدني روى عنه غير واحد ، ووثقه ابن حبان وقال أبو حاتم مجهول ، وعن ابن مسعود مرفوعا ، لا تمار أخاك ولا تمازحه ولا تعده ثم تخلفه . رواه الترمذي وغيره .

(١) فتح الباري ٢٩٠/٥ طبع المطبعة السلفية ومكتبتها .

(٢) سورة الكهف الآية ٢٣ ، ٢٤ .

(٣) خرجه الشيخان في صحيحهما عن أبي هريرة .

قال ابن الجوزي : فائدة الاستثناء خروجه من الكذب إذا لم يفعل كقوله ﴿ستجدني إن شاء الله صابرا﴾^(١) وذكر القاضي في مسألة الفرار من الزكاة لما قيل له إن أصحاب الجنة عوقبوا على ترك الاستثناء في القسم ، قال : لا ، لأنه مباح ، وعلى أن الوعيد عليهما . ومذهب «م» يلزم لسبب ، كمن قال لغيره : تزوج وأعطيك كذا ، واحلف لا تشتمني ولك كذا وإلا لم يلزم ، وقد روى أبو داود والترمذي عن أبي النعمان عن أبي وقاص - ولا يعرفان - عن زيد بن أرقم مرفوعا : « إذا وعد الرجل أخاه ومن نيته أن يفني فلم يف ولم يج للميعاد فلا إثم عليه » وتقدم آخر كتاب العهد وأنه غير الوعد ، ويكون بمعنى اليقين والأمان والذمة والحفظ والرعاية والوصية وغير ذلك ، وفي سيد الاستغفار (وأنا على عهدك ووعدك ما استطعت)^(٢) . قال ابن الجوزي : قال المفسرون العهد الذي يجب الوفاء به الذي يحسن فعله ، والوعد من العهد ، وقال في ﴿وأوفوا بالعهد﴾^(٣) عام فيما بينه وبين ربه وبين الناس ، ثم قال الزجاج : كل ما أمر الله به أو نهى عنه فهو من العهد^(٤) .

وقال ابن حزم : مسألة ، ومن وعد آخر بأن يعطيه مالا معينا أو غير معين أو بأنه يعينه في عمل ما حلف له على ذلك أو لم يحلف لم يلزمه الوفاء به ويكره له ذلك ، وكان الأفضل لو وفي به ، وسواء أدخله بذلك في نفقته أو لم يدخله كمن قال : تزوج فلانة وأنا أعينك في صداقتها بكذا

(١) سورة الكهف آية ٦٩ .

(٢) أخرجه البخاري والنسائي وأحمد عن شداد بن أوس .

(٣) سورة الإسراء الآية ٣٤ .

(٤) الفروع ٤١٥/٦ - ٤١٦ .

وكذا أو نحو هذا وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأبي سليمان ، وقال مالك لا يلزمه شيء من ذلك إلا أن يدخله بموعد ذلك في كلفة فيلزمه ويقضي عليه ، وقال ابن شبرمة الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر .

فأما تقسيم مالك فلا وجه له ، ولا برهان يعضده لا من قرآن ولا سنة ولا قول صاحب ولا قياس .

فإن قالوا قد أضربه إذ كلفه من أجل وعده عملا ونفقة قلنا فهبكم إنه كما تقولون من أين وجب على من أضرب بآخر وظلمه وغره أن يغرم له مالا ؟ ما علمنا هذا في دين الله تعالى إلا حيث جاء به النص فقط ، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه .

وأما من ذهب إلى قول ابن شبرمة فإنهم احتجوا بقول الله تعالى : ﴿ كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون ﴾ والخبر الصحيح من طريق عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها إذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا وعد أخلف ، وإذا خاصم فجر » (١) .

والآخر الثابت من طريق أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ « من علامة النفاق ثلاثة وإن صلى وصام وزعم أنه مسلم إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان » (٢) .

فهذان أثران في غاية الصحة ، وآثار أخر لا تصح ، أحدها من طريق

(١) هذا الحديث متفق عليه .

(٢) متفق عليه .

الليث عن ابن عجلان أن رجلا من موالي عبد الله بن عامر بن ربيعة العدوي حدثه عن عبد الله بن عامر قالت لي أُمي : هاه تعال أعطك ، فقال لها رسول الله ﷺ ما أردت أن تعطيه ؟ فقالت أعطيه تمرا فقال لها عليه السلام أما إنك لو لم تعطيه شيئا كتبت عليك كذبة « هذا لا شيء لأنه عمن لم يسم .

وآخر من طريق ابن وهب أيضا عن هشام بن سعد عن زيد بن أسلم أن رسول الله ﷺ قال : « وأي المؤمن حق واجب »^(١) هشام ابن سعد ضعيف وهو مرسل .

ومن طريق ابن وهب عن إسماعيل بن عيَّاش عن أبي إسحاق أن رسول الله ﷺ قال : « ولا تعد أخاك وعدا فتخلفه فإن ذلك يورث بينك وبينه عداوة . وهذا مرسل وإسماعيل ابن عيَّاش ضعيف .

ومن طريق ابن وهب أخبرني الليث بن سعد عن عقيل بن خالد عن ابن شهاب عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : « من قال لصبي تعال هاه لك ثم لم يعطه شيئا فهي كذبة » ابن شهاب كان إذ مات أبو هريرة ابن أقل من تسع سنين لم يسمع منه كلمة ، وأبو حنيفة ومالك يرون المرسل كالمسند ويحتجون بما ذكرنا فيلزمهم أن يقضوا بإنجاز الوعد على الواعد ولا بد وإلا فهم متناقضون فلو صحت هذه الآثار لقلنا بها .

وأما الحديثان اللذان صدرنا بهما فصحيحان إلا أنه لا حجة فيهما علينا لأنهما ليسا على ظاهرهما لأن من وعد بما لا يحل أو عاهد على

(١) رواه أبو داود في مراسيله والوأي الوعد لفظا ومعنى .

معصية فلا يحل له الوفاء بشيء من ذلك كمن وعد بزنا أو بخمر أو بما يشبه ذلك ، فصح أن ليس كل من وعد فأخلف أو عاهد فغدر مذموماً ولا ملوماً ولا عاصياً بل قد يكون مطيعاً مؤدّي فرض ، فإن ذلك كذلك فلا يكون فرضاً من إنجاز الوعد والعهد إلا على من وعد بواجب عليه ، كإنصاف من دين أو أداء حق فقط ، وأيضاً فإن من وعد وحلف واستثنى فقد سقط عنه الحنث بالنص والإجماع المتيقن فإذا سقط عنه الحنث لم يلزمه فعل ما حلف عليه ، ولا فرق بين وعد أقسم عليه وبين وعد لم يقسم عليه ، وأيضاً فإن الله تعالى يقول ﴿ وَلَا تَقُولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله ﴾ فصح تحريم الوعد بغير استثناء فوجب أن من وعد ولم يستثن فقد عصى الله تعالى في وعده ذلك ولا يجوز أن يجبر أحد أحداً على معصية ، فإن استثنى فقال إن شاء الله تعالى أو إلا أن يشاء الله تعالى أو نحوه مما يعلقه بإرادة الله عز وجل فلا يكون مخالفاً لو وعده إن لم يفعل لأنه إنما وعده أن يفعل إن شاء الله تعالى ، وقد علمنا أن الله تعالى لو شاء لأنفذه فإن لم ينفذه فلم يشأ الله تعالى كونه .

وقول الله تعالى : ﴿ كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون ﴾ على هذا أيضاً مما يلزمهم كالذي وصف الله تعالى عنه إذ يقول : ﴿ ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فأعقبهم نفاقاً في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه ﴾ (١) فصح ما قلنا لأن الصدقة واجبة والكون من الصالحين واجب فالوعد والعهد

(١) سورة التوبة آية ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ .

بذلك فرضان فرض إنجازهما ، وبالله التوفيق ، وأيضا هذا نذر من هذا الذي عاهد الله تعالى على ذلك والنذر فرض^(١) .

وأما كلام علماء العصر في هذا الدليل فقال الأستاذ مصطفى الزرقاء :

وأما قاعدة الإلتزامات والوعد الملزم عند المالكية فخلاصتها أن الشخص إذا ما وعد غيره عدة بقرض أو يتحمل ضيعة عنه « أي خسارة » أو إعارة أو نحو ذلك مما ليس بواجب عليه في الأصل فهل يصبح بالوعد ملزما ويقضي عليه بموجبه إن لم يف له ، أولا يكون ملزما ؟ اختلف فقهاء المالكية في ذلك على أربعة آراء قد فصلها الخطاب في رسالته في الإلتزامات ، ونقلها عنه الشيخ محمد عlish في فتاواه المسماة فتح العلي المالك - ج ٢ ص ٢٥٥ - في بحث مسائل الإلتزام فعنهم من يقول يقضي بالعدة مطلقا أي أنها ملزمة له ، ومنهم من يقول لا يقضي بها مطلقا أي أنها غير ملزمة ، ومنهم من يقول أن العدة تلزم الواعد فيقضي بها إذا ذكر لها سبب وإن لم يباشر الموعد ذلك السبب ، كما لو قال لآخر : إني أعيرك بقري ومحراثي لحراثة أرضك أو أريد أن - أقرضك كذا لتزوج ، أو قال الطالب لغيره أريد أن أسافر أو أن أقضي ديني فأسلفني مبلغ كذا ، فوعده بذلك ، ثم بداله فرجع عن وعده قبل أن يباشر الموعد السبب الذي ذكر من سفر أو وفاء دين - أو حراثة أرض الخ ... فإن الواعد ملزم ويقضى عليه بالتنفيذ جبرا إن امتنع .

ومنهم من يقول : لا يلزم بوعده إلا إذا دخل الموعد في سبب ذكر في الوعد أي إذا باشر السبب ، كما إذا وعده بأن يسلفه ثمن شيء يريد شراؤه فاشتراه فعلا ، ومبلغ المهر في الزواج فتزوج ونحو ذلك وهذا هو الراجح في المذهب من بين هذه الآراء الأربعة .

(١) المحلى لابن حزم ٢٦/٨ - ٢٨ .

أما عند الحنفية فإن المواعيد ملزمة إلا في حالات ضيقة إذا صدرت بطريق التعاون فإذا نظرنا إلى مذهب المالكية الأوسع في هذه القضية فإننا نجد في قاعدة الالتزامات هذه متسعاً لتخريج عقد التأمين على أساس أنه التزام من المؤمن للمستأمنين ولو بلا مقابل على سبيل الوعد أن يتحمل عنه أضرار الحادث الخطر الذي هو معرض له ، أي أن يعرض عليه الخسائر ، فقد نص المالكية أصحاب الرأي الرابع وهو الرأي الأضيق على أنه لو قال شخص لآخر بع كرمك الآن وإن - لحقتك من هذا البيع وضیعة « أي خسارة » فأنا أرضيك فباعه بالوضیعة ، كان على القائل أن يرضيه بما يشبه ثمن ذلك الشيء المبيع والوضیعة فيه « أي أن يتحمل عنه مقدار الخسارة » وهو قول ابن وهب قال أصبغ : وقول ابن وهب هذا هو أحب إلي . قال ابن رشد لأنها عدة على سبب وهو البيع ، والعدة إذا كانت على سبب لزمّت بحصول السبب في المشهور من الأقوال « فتاوى عليش من المحل الأنف الذكر » .

ولا يخفى أن أقل ما يمكن أن يقال في عقد التأمين أنه التزام تحمل الخسائر عن الموعود في حادث معين محتمل الوقوع بطريق الوعد الملزم نظير الإلتزام بتحمل خسارة المبيع عن البائع مما نص عليه المالكية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر^(١) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأمور :
الأول : أن عقد التأمين من عقود المعاوضات والوعد الملزم من عقود التبرعات فلا يصح أن يقاس معاوضة على عقد تبرع لاختلافهما في التقعيد .

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٤١٠ .

الثاني : أن العوض في الوعد الملزم معلوم عند الطرفين ابتداء ، وأما ما تدفعه الشركة فهو مجهول لا يعلم لكل واحد من الطرفين إلا بعد وقوع الخطر فلا يصح قياس مجهول على معلوم .

الثالث : الوعد الملزم لا يجب الوفاء به إلا إذا تسبب الموعد بالدخول في الأمر الموعد من أجله وأما في التأمين فإن المستأمن لا يستحق شيئاً إذا دخل بنفسه فأتلف المؤمن عليه قصداً ويستحق ما سوى هذه الصورة من صور التأمين ، فالصورتان مختلفتان في تحقيق المناط فلا يصح القياس وبيان ذلك أنه في الوعد الملزم إذا تحقق الحكم الوضعي تحقق بعده الحكم التكليفي ، وفي التأمين إذا انتفى الحكم الوضعي وهو تسبب المستأمن استحق المبلغ وإذا ثبت الحكم الوضعي وهو التسبب من المستأمن انتفى الاستحقاق .

ج - قياس عقد التأمين على عقد المضاربة :

نذكر فيما يلي ما تيسر من كلام العلماء السابقين فيها ثم نتبع ذلك بكلام العلماء المعاصرين .

أما كلام العلماء السابقين فقد قالوا في تعريف المضاربة : أن يدفع مالا إلى غيره ليتجر فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطاً فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لأنه نماء ماله وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح . وأما بيان أنواعها وشروطها وأحكامها فقال : السمرقندي : ثم هي نوعان مطلقة وخاصة ، أما المطلقة فأن يدفع المال إلى رجل ويقول دفعت هذا المال إليك مضاربة على أن الربح بيننا نصفان^(١)

(١) تحفة الفقهاء ٢٣/٣ .

وقال أيضا : ومن شروط صحتها أن يكون الربح جزءاً مشاعاً في الجملة ومنها إعلام قدر الربح لأن الربح هو المقصود فجهالته توجب فساد العقد فكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح يفسد المضاربة^(١) .

وقال أيضا : المضاربة تشتمل على أحكام مختلفة – إذا دفع المال إلى المضارب فهو أمانة في يده في حكم الوديعة لأنه قبضه بأمر المالك لا على طريق البدل والوثيقة . فإذا اشترى به فهو وكالة لأنه تصرف في مال الغير بإذنه ، فإذا ربح صار شركة لأنه ملك جزءاً من المال بشرط العمل والباقي نماء مال المالك فهو له فكان مشتركا بينهما ، فإذا فسدت المضاربة بوجه من الوجوه صارت إجارة لأن الواجب فيها أجر المثل ، وذلك يجب في الإجازات ، فإن خالف المضارب صار غاصبا والمال مضمون عليه لأنه تعدى في ملك غيره^(٢) .

وجاء في مدونة الإمام مالك رحمه الله : قلت رأيت المقارضة على النصف أو الخمس أو السدس أو أقل من ذلك أو أكثر ؟ قال فلا بأس بذلك عند مالك ... قلت رأيت إن دفعت إلى أجل مالا قراضا ولم اسم له ثلثا ولا ربعا ولا نصفاً ولا أكثر من أن قلت له خذ هذا المال قراضا فعمل فربح وتصادق رب المال والعامل على ذلك قال يرد إلى قراض مثله^(٣) .

وقال ابن جزري : وإنما يجوز بستة شروط الثاني : أن يكون

(١) تحفة الفقهاء ٢٤/٣ .

(٢) تحفة الفقهاء ٢٥/٣ – ٢٦ ويرجع أيضا إلى ٨٦/٦ – ٨٧ وما بعدها من بدائع الصنائع .

(٣) المدونة ٤٨/٤ .

الجزء مسمى كالنصف ولا يجوز أن يكون مجهولا السادس : أن لا يشترط أحدهما لنفسه شيئا ينفرد به من الربح ، ويجوز أن يشترط العامل الربح كله خلافا للشافعي^(١) .

وقال أيضا : فروع سبعة - الفرع الأول : إذا وقع القراض فاسداً فسخ فإن فات - بالعمل أعطى العمل قراض المثل عند أشهب ، وقيل أجرة المثل مطلقا وفاقا لهما ، وقال ابن القاسم : أجرة المثل إلا في أربعة مواضع وهي قرض بعرض أو لأجل أو لضمان أو بحظ مجهول ... الفرع الثالث : لا يفسخ القراض بموت أحد المتقارضين ولورثة العامل القيام به إن كانوا أمناء أو يأتون بأمين الخ^(٢) .

وقال النووي : الركن الثالث الربح وله أربعة شروط الشرط الثالث أن يكون معلوما فلو قال : قارضتك على أن لك في الربح شركا أو شركة أو نصيبا فسد الشرط الرابع أن يكون العلم به من حيث الجزئية لا من حيث التقدير فلو قال : لك من الربح أو لي منه درهم أو مائة والباقي بيننا نصفين فسد القراض^(٣)

وقال أيضا : إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط فله ثلاثة أحكام أحدها تنفذ تصرفاته كنفوذها في القراض الصحيح لوجود الإذن كالوكالة الفاسدة . الثاني : سلامة الربح بكماله للمالك . الثالث : استحقاق العامل أجرة مثل عمله سواء كان في المال ربح أم لا وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد^(٤) .

(١) القوانين الفقهية ٣٠٩ .

(٢) القوانين الفقهية ٣٠٩ - ٣١٠ .

(٣) الروضة ١٢٢/٥ - ١٢٣ .

(٤) الروضة ١٢٥/٥ .

وقال ابن قدامة : والشرط في المضاربة على ضربين صحيح مثل أن يشترط ألا يتجر إلا في نوع معين أو بلد معين أولاً يعامل إلا شخصاً معيناً ، وفاسد وهو على ضربين - أحدهما : أن يضاربه ولا يذكر الربح أو يشترط جزءاً من الربح لأحدهما ولأجنبي ، والباقي بينهما ، أو يقول خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لي وما أشبه هذا مما يعود بجهالة الربح فإن المضاربة تفسد والربح كله لرب المال وللمضارب الأجر ، والثاني : أن يشترط عليه ضمان المال من الوديعة فهل يبطل العقد بهذا على روايتين^(١) .

وقال الشيخ مرعي بن يوسف : والمضارب أمين بالقبض وكيل بالتصرف ، شريك بالربح ، أجير بالفساد غاصب بالتعدي ، مقترض باشتراط كل الربح له ، مستبضع باشتراط كل الربح لرب المال^(٢) .

(١) كتاب الهادي وعمدة الحازم ١١٦ .

(٢) غاية المنتهى ١٧١/٢ .

وأما كلام العلماء المعاصرين :

فقال الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير : بعد ذكره لفتوى الشيخ محمد عبده .

ثم جاء بعد الشيخ محمد عبده الأستاذ عبد الوهاب خلاف وقال بجواز عقد التأمين على الحياة وأنه عقد مضاربة لأن عقد المضاربة في الشريعة هو عقد شركة في الربح بمال من طرف وعمل من طرف آخر ، وفي التأمين المال من جانب المشتركين الذين يدفعون الأقساط والعمل من جانب الشركة التي تستغل هذه الأموال والربح للمشاركين وللشركة حسب التعاقد وقد أورد الأستاذ خلاف نفسه على هذا القياس اعتراضاً هو أن شرط صحة المضاربة أن يكون الربح بين صاحب المال والقائم بالعمل شائعاً بالنسبة ، وفي التأمين يشترط للمشارك قدر معين في الربح = ٣٪ أو ٤٪ فالمضاربة غير صحيحة .

وأجاب عنه أولاً بما جاء في تفسير آيات الربا في سورة البقرة للشيخ محمد عبده وهو : لا يدخل في الربا المحرم بالنص الذي لا شك في تحريمه من يعطي آخر مالا يستغله ويجعل له من كسبه حظاً معيناً لأن مخالفة أقوال الفقهاء في اشتراط أن يكون نسبياً لاقتضاء المصلحة ذلك لا شيء فيه وهذه المعاملة نافعة لرب المال والعامل معا

ثانياً : بأن اشتراط أن يكون الربح نصيباً لا قدراً معيناً خالف فيه بعض المجتهدين من الفقهاء وليس حكماً مجمعاً عليه^(١) .

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٤٥٤ .

مناقشة هذا الدليل :

قال الشيخ محمد بن حيت المطيعي : ولا يجوز أن يكون العقد المذكور _ أي عقد التأمين _ عقد مضاربة كما فهمه بعض العصريين لأن عقد المضاربة يلزم أن يكون المال من جانب المالك والعمل من المضارب والربح على ما اشترطاه والعقد المذكور ليس كذلك لأن أهل القومبانية « الشركة » يأخذون المال على أن يكون لهم يعملون فيه لأنفسهم فيكون عقداً فاسداً شرعاً لأنه معلق على خطر تارة يقع وتارة لا يقع فهو قمار معني^(١) .

وقال الأستاذ محمد كامل البناء : إن هناك فرقاً واضحاً يتعذر معه قياس عقد التأمين على المضاربة وهو أن رب المال يتحمل الخسارة وحده وليس الأمر كذلك في التأمين ، كما أنه لو مات رب المال في المضاربة فليس لورثته إلا ما دفعه مورثهم لا يزيد شيئاً ، أما في التأمين فإنه لو مات المؤمن استحق صاحب منفعة التأمين مبلغاً ضخماً وهذه مخاطرة ينهى عنها الشارع لأن ذلك لا ضابط له إلا الحظوظ والمصادفات^(٢) .

وقال الأستاذ الدكتور مصطفى زيد : الواقع أن عقد التأمين كان يمكن أن يكون من عقود المضاربة لولا أمران : أولهما أن طبيعة المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح أو الخسارة ، وليس في طبيعة عقد التأمين أي تعرض للخسارة ، والثاني أنه من شروط المضاربة أن يكون الربح نسبياً غير محدد^(٣) .

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٤٣٠ .

(٢) التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه ٧٩ .

(٣) التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه ٧٩ .

وقال الصديق محمد الأمين الضرير : والذي أراه أنه ليست هناك صورة من صور عقد التأمين يمكن قياسها على عقد المضاربة ، حتى لو تجاوزنا عن كون الربح في المضاربة يشترط فيه أن يكون قدرأ شائعاً بالنسبة ، وذلك للأسباب الآتية :

١ - المبلغ الذي يدفعه رب المال للعامل في المضاربة يظل ملكاً لصاحبه ولا يدخل في ملك العامل ، وذلك بخلاف التأمين فإن القسط يدخل في ملك الشركة تتصرف فيه تصرف المالك في ملكه .

٢ - في حالة موت رب المال في عقد المضاربة يستحق ورثته المال الذي دفعه مع ربحه إن كان ، أما في عقد التأمين على الحياة فإن الورثة يستحقون عند موت المؤمن له المبلغ الذي اتفق عليه من الشركة بالغاً ما بلغ ، فلو أن شخصاً أمّن على حياته بمبلغ ألف جنيه ثم مات بعد أن دفع مبلغ مائة جنيه فقط للشركة فإن ورثته يستحقون الألف كاملة ، فكيف يقاس هذا العقد على عقد المضاربة ولا يصح أن يقال : إن الشركة تتبرع بالزائد على ما دفعه المؤمن له لأن من خصائص عقد التأمين أنه عقد معاوضة وهو عقد ملزم للطرفين ، فالشركة ملزمة بدفع المبلغ المتفق عليه إذا وفي المؤمن له بالتزامه في دفع الأقساط .

٣ - في حال موت صاحب المال في عقد المضاربة يكون المبلغ الذي في يد المضارب « العامل » في ضمن تركة المتوفى يجري فيه ما يجري في سائر أموال التركة ، أما في عقد التأمين فإن المال المستحق لا يذهب للورثة مطلقاً ، وذلك في حالة ما إذا عين المؤمن له مستفيداً - وهذا من حقه - فإن جميع المال يذهب لهذا المستفيد ولو لم يكن للمتوفى مال غيره ولا حق لورثته في الاعتراض^(١) .

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٤٥٥ .

د - قياس عقد التأمين على ضمان المجهول وضمان ما لم يجب :

نذكر فيما يلي كلام بعض الفقهاء السابقين في ذلك ونتبعه ببيان فقهاء العصر ووجه الاستدلال لهذا القياس على الجواز مع المناقشة :

أما كلام الفقهاء السابقين فقال السرخسي :

باب ضمان ما يبايع به الرجل : قال رحمه الله - وإذا قال الرجل لرجل بايع فلانا فما بايعته به من شيء فهو علي فهو جائز على ما قال لأنه أضاف الكفالة إلى سبب وجوب المال على الأصيل وقد بينا أن ذلك صحيح ، والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لكونها مبنية على التوسع ، ولأن جهالة عينها لا تبطل شيئاً من العقود وإنما الجهالة المفضية إلى المنازعة هي التي تؤثر في العقود وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة وعند ذلك ما بايعه به معلوم ويستوي إن وقت لذلك وقتاً أو لم يوقت إلا أن في الوقت يراعى وجود المبايعة في ذلك الوقت حتى إذا قال ما بايعته به اليوم فباعه غدا لا يجب على الكفيل شيء من ذلك لأن هذا التقييد مفيد في حق الكفيل ، ولكن إذا كرر مبايعته في اليوم فذلك كله على الكفيل لأن حرف ما يوجب العموم وإذا لم يوقت فذلك على جميع العمر وإذا بايعته مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ولا يخرج نفسه من الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم في كلامه ويستوي إن بايعه بالنقود أو بغير النقود لأنه قال ما بايعته به من شيء وهو يجمع كل ذلك . انتهى المقصود^(١) .

وقال ابن جزى : ويجوز ضمان المال المعلوم اتفاقاً والمجهول خلافاً

(١) المبسوط ٥٠/٢٠ .

للشافعي ويجوز - الضمان بعد وجوب الحق اتفاقا وقبل وجوبه خلافا
لشريح القاضي وسحنون والشافعي (١).

وقال النووي : ويشترط في المضمون كونه ثابتا وصحح القديم
ضمان ما سيجب ، والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن ،
وهو أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقا أو معيبا أو ناقصا
لنقص الصنعة ، وكونه لازما ، لا كنجوم كتابة ، ويصح ضمانه الثمن
في مدة الخيار في الأصح وضمان الجعل كالرهن به ، وكونه معلوما في
الجديد ، والإبراء من الجهول باطل في الجديد إلا من إبل الدية ويصح
ضمانها في الأصح ، ولو قال ضمنت مالك على زيد من درهم إلى عشرة
فالأصح صحته ، وأنه يكون ضامنا لعشرة ، قلت : الأصح لتسعة ، والله
أعلم .

وقال ابن قدامة : ولا كون الحق معلوما ولا واجبا إذا كان مآله
إلى الوجوب فلو قال ضمنت لك ما على فلان أو ما تدانيه به صح (٢) .

قال في الحاشية : قوله « ولا كون الحق معلوما » يعني إذا كان مآله
إلى العلم « ولا واجبا إذا كان مآله الوجوب » فلو قال ضمنت لك ما
على فلان أو ما تدانيه به صح هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك ،
وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر لا يصح لأنه
التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن ، ولنا قوله تعالى : ﴿ ولما جاء به
حمل بغير وأنا به زعيم ﴾ (٣) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير

(١) قوانين الأحكام الشرعية ٣٥٣ .

(٢) المقنع ١١٣/٢ .

(٣) سورة يوسف آية ٧٢ .

يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام (الزعيم غارم)^(١) ومن ضمان ما لم يجب ضمان السوق وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين وما يقتضيه من عين مضمونة قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ، وقال تجوز كتابته والشهادة به لمن لم ير جوازه لأنه محل اجتهاد قال : وأما الشهادة على العقود المحرمة على وجه الإعانة عليها فحرام ، واختار صحة ضمان حارس ونحوه وتجار حرب ما يذهب من البلد أو البحر وأن غايته ضمان ما لم يجب وضمن المجهول كضمان السوق وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التجار للناس من الديون وهو جائز عند أكثر العلماء كالك وأبي حنيفة وأحمد وقال : الطائفة الواحدة الممتنعة من أهل الحرب التي ينصر بعضها بعضا تجري مجرى الشخص الواحد في معاهدتهم إذا شريطة على أن تجارهم يدخلون دار الإسلام بشرط أن لا يأخذوا للمسلمين شيئا وماأخذوه كانوا ضامين في أموالهم جاز^(٢) .

وأما كلام الفقهاء المعاصرين في توجيه الاستدلال والمناقشة - فقالوا الضامن يجب عليه أداء ما ضمنه مع أنه مجهول من حيث المبدأ فكذلك التأمين يجب على المؤمن أن يدفع للمستأمن قيمة ماضمه بعد وقوع الخطر ، وإن كان مجهولا من حيث المبدأ .

والجواب عن هذا يمكن أن يقال : لا يصح قياس عقد التأمين على ضمان المجهول وما لم يجب ، ومنه ضمان السوق لأنه قياس مع الفارق وبيان ذلك من وجوه :

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي ، والبيهقي وأحمد وابن عدي والترمذي وتما في الفوائد . وسنده صحيح .

(٢) حاشية المقنع ١١٣/٢ وما بعدها .

الوجه الأول : أن الضمان من عقود التبرعات فاغتبرت فيه الجهالة من باب دفع المشقة واليسر على الناس ، وأما عقد التأمين فهو من عقود المعاوضات فلا تغتفر فيه الجهالة .

الوجه الثاني : أن الضمان يتكون من أربعة أركان ضامن ومضمون له ومضمون عنه ومضمون ، وفي التأمين ثلاثة أركان ضامن وهو الشركة ، ومضمون له وهو المستأمن ، ومضمون وهو ما تدفعه الشركة عند وقوع الخطر ، وأما المضمون عنه فمفقود هنا فلا يصح أن يقاس عليه لفقد ركن من أركانه فالصورتان مختلفتان .

الوجه الثالث : صورة الضمان تختلف عن صورة التأمين من وجه آخر وهو أن الضامن في الشريعة فرع والمضمون عنه أصل ، والتأمين اعتبر فيه الضامن أصلاً ، ومن شرط القياس الاتفاق في الصورة .

الوجه الرابع : أن الضامن إذا دفع إلى المضمون له فإنه يرجع إلى المضمون عنه ويأخذ منه ما دفعه فلا ضرر عليه ، أما الشركة فإذا وقع الضرر فإنها تدفع ما وجب عليها ولا ترجع إلى أحد ، فتقرر الضرر عليها فلا يصح أن يقاس ما فيه ضرر على مالا ضرر فيه .

هـ - قياس عقد التأمين على ضمان خطر الطريق .

نذكر فيما يلي كلام بعض الفقهاء السابقين في ضمان خطر الطريق وأسباب الضمان ثم ما تيسر من كلام فقهاء هذا العصر .

أما كلام الفقهاء السابقين : فقال ابن عابدين في أثناء كلامه على السوكرة فإن قلت سيأتي قبيل باب كفالة الرجلين قال لآخر اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه وأخذ ماله لم يضمن ولو قال : إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن ضمن ، وعلمه الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً . أهـ . بخلاف الأولى فإنه لم ينص

على الضمان بقوله فأنا ضامن ، وفي جامع الفصولين الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرر في ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور فصار كقول الطحان لرب البر اجعله في الدلو فجعله فيه فذهب من النقب إلى الماء وكان الطحان عالما به يضمن إذ غره في ضمن العقد وهو يقتضي السلامة . أهـ . قلت لا بد في مسألة التغيرير من أن يكون الغار عالما بالخطر كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة وأن يكون المغرور غير عالم إذ لا شك أن رب البر لو كان عالما بنقب الدلو يكون هو المضيع لماله باختياره ولفظ المغرور ينبىء عن ذلك لغة لما في القاموس غره غرا وغرورا فهو مغرور وغرير خدعه وأطمعه بالباطل فاغتر هو . أهـ . ولا يخفى أن صاحب السوكره لا يقصد تغرير التجار ولا يعلم بحصول الغرق هل يكون أم لا وأما الخطر من اللصوص والقطاع فهو معلوم له وللتجار لأنهم لا يعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف طمعا في أخذ بدل الهالك فلم تكن مسألتنا من هذا القبيل . أهـ^(١) .

وقال أبو محمد البغدادي : إذا غرقت السفينة فلو من ريح أصابها أو موج أو جبل صدمها من غير مدّ الملاح وفعله لا يضمن بالاتفاق ، وإن كان بفعله يضمن سواء خالف بأن جاوز العادة أو لم يخالف لأنه أجير مشترك ولو دخلها الماء فأفسد المتاع فلو بفعله ومدّه يضمن بالاتفاق ولو بلا فعله إن لم يمكن التحرز عنه لا يضمن إجماعا وإن كان بسبب يمكن التحرز عنه لا يضمن عند أبي حنيفة وعندهما يضمن وهذا كله لو لم يكن رب المتاع أو وكيله في السفينة فلو كان لا يضمن في

(١) حاشية ابن عابدين ٢٧١/٣ ، ٢٧٢ .

جميع ما مر إذا لم يخالف بأن لم يجاوز المعتاد لأن محل العدل غير مسلم إليه كذا في الفتاوى الصغرى ومشى عليه صاحب الفصولين ، وكذا إذا كان بأمر لا يمكن التحرز عنه فإنه لا يضمن ذكره في البزازية وفيها نقلا عن المنتقى لو كانت السفن كثيرة وصاحب المتاع أو الوكيل في إحداها فلا ضمان على الملاح فيما ذهب من السفينة التي فيها صاحب المتاع أو وكيله وضمن فيما سوى ذلك . وعن أبي يوسف إذا كانت السفن تنزل معا وتسير فلا ضمان على الملاح فيما هلك فإنهن كسفينة واحدة وإن تقدم بعضها بعضا فكون أحدهما في إحداهن ككون أحدهما في كلهن . وعن أبي يوسف أيضا في سفينتين مقرونتين أحدهما في إحداهن لا ضمان على الملاح وكذا لو غير مقرونتين ويسيران معا ويحبران معا^(١) . انتهى المقصود .

وقال القرافي : الفرق السابع عشر والمائتان بين قاعدة ما يوجب الضمان وبين قاعدة مالا يوجبه : أسباب الضمان ثلاثة فمتى وجد واحد منها وجب الضمان ومتى لم يوجد واحد منها لم يجب الضمان - أحدها التفويت مباشرة كإحراق الثوب وقتل الحيوان وأكل الطعام ونحو ذلك وثانيها التسبب للإتلاف كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه ووضع السموم في الأطعمة ووقود النار بقرب الزرع أو الأندر ونحو ذلك مما شأنه في العادة أن يفضي غالبا للإتلاف . وثالثها وضع اليد غير المؤتمنة فيندرج في غير المؤتمنة يد الغاصب والبائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض فإن ضمان المبيع الذي هذا شأنه منه لأن يده غير مؤتمنة ويد المتعدي بالدابة في الإجارة ونحوها ، ويخرج بهذا القيد يد المودع وعامل القراض ويد المساقى ونحوهم فإنهم أمناء فلا يضمنون^(٢) .

(١) مجمع الضمانات ٤٧ .

(٢) الفروق ٢٧/٤ .

وقال أيضا : الفرق الخامس والمقتان بين قاعدة ما يضمن بالطرح من السفن وبين قاعدة مالا يضمن . قال مالك إذا طرح بعض الحمل للهول شارك أهل المطروح من لم يطرح لهم شيء في متاعهم ، وكان ما طرح وسلم لجميعهم في نمائه ونقصه بثمنه يوم الشراء أن اشتروا من موضع واحد بغير محاباة لأنهم صانوا بالمطروح مالههم والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح إذ ليس أحدهم بأولى من الآخر وهو سبب سلامة جميعهم فإن اشتروا من مواضع أو اشترى بعض أوطال زمان الشراء حتى تغيرت الأسواق اشتركوا بالقيم يوم الركوب دون يوم الشراء لأنه وقت الاختلاط وسواء طرح الرجل متاعه أو متاع غيره بإذنه أم لا . قال ابن أبي زيد ولا يشارك لأنه وقت الاختلاط وسواء طرح الرجل متاعه أو متاع غيره بإذنه أم لا . قال ابن أبي زيد ولا يشارك من لم يرم بعضهم بعضا لأنه لم يطرأ سبب يوجب ذلك بخلاف المطروح له مع غيره . قال ابن حبيب ، وليس على صاحب المركب ولا النوانية ضمان كانوا أحرارا أو عبيدا إلا أن يكونوا للتجارة فتحسب قيمتهم ولا على من لا متاع له لأن هذه كلها وسائل والمقصود من ركوب البحر إنما هو مال التجارة ويرجع بالمقاصد في المقاصد ومن معه دنائير كثيرة يريد بها التجارة فكالتيارة بخلاف النفقة وما يراد للقنية ، وقال ابن بشير لا يلزم في العين شيء من المطروح لأنه لا يحصل الفرق بسببها لخفتها ، وقال سحنون يدخل المركب في قيمة المطروح لأنه مما سلم بسبب الطرح^(١) .

وقال أبو محمد : إن خيف عليه بصدم قاع البحر فطرح لذلك دخل في القيمة . وقال أهل العراق يدخل المركب وما فيه للقنية أو التجارة

(١) الفروق ٨/٤ - ٩ .

من عبيد وغيرهم لأن أثر المطروح سلامة الجميع وجوابهم أن شأن المركب أن يصل برجاله سالما إلى البر وإنما يغرق ما فيه عادة وإزالة السبب المهلك لا يوجب شركة بل فعل السبب المنجى وهو فرق حسن فتأمله فإن فاعل الضرر شأنه أن يضمن فإذا زال ضرره ناسب أن يستحقه أو بعضه لأن موجد الشيء شأنه أن يكون له فإن صالحوا صاحب المطروح بدنائير ولا يشاركونهم جاز إذا عرفوا ما يلزم في القضاء فإن خرج بعد الطرح من البحر سالما فهو له وتزول الشركة أو خرج وقد نقص نصف قيمته انتقض نصف الصلح ويرد نصف مأخذه . أهـ .
وأما كلام الفقهاء المعاصرين :

فقال الأستاذ مصطفى الزرقا : وأما صحة ضمان خطر الطريق فيما إذا قال شخص لآخر اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن أصابك فيه شيء فأنا ضامن . فسلكه فأخذ ماله ، حيث يضمن القائل هو ما نص عليه الحنفية في الكفالة ، وانتبه إليه ابن عابدين وناقشه في كلامه عن « السوكره » كما سبق بيانه فأني أجد فيه فكرة فقهية يصلح بها أن يكون نصا استثنائيا قويا في تجويز التأمين على الأموال من الأخطار وإن لم يسلم ابن عابدين رحمه الله بكفاية هذه الدلالة فيه ورأى فرقا بينه وبين السوكره بمنع القياس عليه ، والذي أراه أن فقهاءنا الذين قرروا هذا الحكم في الكفالة في ذلك الزمن البعيد لو أنهم عاشوا في عصرنا اليوم وشاهدوا الأخطار التي نشأت من الوسائل الحديثة كالسيارات التي فرضت على الإنسان من الخطر بقدر ما منحت السرعة وثبتت أمامهم فكرة التأمين ولمسوا الضرورة التي نلمسها نحن اليوم في سائر المرافق الاقتصادية الحيوية لتخفيف آثار الكوارث الماحقة لما ترددوا لحظة في إقرار التأمين نظاما شرعيا^(١) .

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٤١٠ .

وأجيب عن ذلك بما قاله الصديق محمد الأمين الضرير
قال : فهل يمكن أن يكون ما يلزم المؤمن بدفعه عند وقوع الكارثة من
قبيل الضمان ؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد لنا أولاً من معرفة أسباب الضمان .
الضمان يكون بواحد من الأسباب التالية :

١ - العدوان كالقتل والإحراق وهدم الدور ونحو ذلك فمن تعدى في
شيء وجب عليه الضمان إما المثل إن كان مثلياً أو القيمة إن كان قيمياً ،
وواضح أن المؤمن لم يتعد على المؤمن له في شيء حتى يضمنه له ، وإذا
كان هناك متعدي فإن الضمان يكون عليه لا على الشركة .

٢ - التسبب للإتلاف كحفر البئر في طرق الحيوان في غير الأرض
الملوكة للحافر أو في أرضه لكن حفرها لهذا الغرض ، وكرمي ما يزلق
الناس في الطرقات فيسقط بسبب ذلك حيوان أو غيره ونحو ذلك .
وليس المؤمن متسبباً في إتلاف مال المؤمن له فلا وجه لتضمنه .

٣ - وضع اليد التي ليست بمؤتمنة ، سواء أكانت عادية كيد السراق
والنصاب أو ليست بعادية كما في المبيع يباع صحيحاً يبقى بيد البائع
فيضمنه . والمؤمن عليه الذي يلتزم المؤمن بتعويضه يكون في يد صاحبه
ولا يضع المؤمن يده عليه مطلقاً .

٤ - الكفالة : والكفالة لا بد فيها من كفيل يلتزم بتأدية ما على الأصل
من الحق ، ومكفول وهو المطالب في الأصل ، ومكفول له هو صاحب
الحق ومكفول به وهو الحق المطالب به . وعقد التأمين في كثير من
صوره لا يوجد فيه ما يمكن أن يعتبر مكفولاً ففي تأمين الأشخاص يلتزم
المؤمن بدفع المبلغ عند الوفاة أو حصول حادث جسماني سواء كان ذلك
قضاء وقدرًا أو كان بفعل فاعل .

وفي التأمين على الأشياء ، كالتأمين من السرقة والحريق وموت الحيوان يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له ما أصابه من ضرر ، ولو كان وقوع الحادثة بما لا دخل للإنسان فيه ، ففي مثل هذه الصور من التأمين لا يمكن أن يقاس التأمين على الكفالة لفقدان المكفول . ولكن هناك حالات يعتدي فيها معتد بإتلاف ماله المؤمن له كما لو أحرق شخص مال المؤمن له فهل يمكن أن يعتبر ذلك الشخص مكفولا ؟ .

جاء في مجمع الضمانات « لو قال » : إن غصب فلان مالك أو أحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن صح ، ولو عمم فقال : لو غصبك إنسان شيئا فأنا له ضامن لك لا تصح = ص ٢٦٨ - ١٥٦ = ولو قال : ماذا لك على الناس أو لأحد من الناس عليك فعلي لا يصح لجهالة المضمون عنه = ص ٣٧٠ =

ومن صور التأمين ما يكون فيه المؤمن له هو المكفول ، ويكون المكفول له مجهولا وهذه حالة التأمين من المسؤولية كالتأمين من حوادث السيارات فإن الشركة تلتزم فيه بدفع ما يثبت على المؤمن من تعويض لمن أصابه ضرر منه يستحق التعويض بسببه .

وهذه أيضا مكفولة غير صحيحة لجهالة المكفول به .
ففي مجمع الضمانات : لو قال : ماذا للناس أو لأحد من الناس عليك فعلي لا يصح لجهل المضمون له . = ص ٢٧٠

ففي جميع الصور المتقدمة لا يصح قياس عقد التأمين على عقد الكفالة وهناك فارق عام يمنع من صحة القياس هو أن الكفالة من عقود التبرعات والتأمين من عقود المعاوضات ، ولذا لو شرط في العقد للكفالة أن يكون بعوض فإن الكفالة تكون باطلة .

جاء في مجمع الضمانات « ولو كفّل بمال على أن يجعل الطالب له جعلا ، فإن لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل : وإن كان مشروطا في الكفالة فالكفالة باطلة = ص ٢٨٢ =

وفارق آخر هو أن عقد التأمين ملزم للطرفين المؤمن والمؤمن له فهو يلتزم المؤمن له بدفع القسط ، ويلزم المؤمن بدفع العوض المالي أو المبلغ المؤمن عليه ، أما عقد الكفالة فإنه لا يلزم المكفول له بشيء فالالتزام فيه من جانب الكفيل فقط ، ولذا كان عقدا لازما بالنسبة للكفيل وغير لازم بالنسبة للمكفول له^(١) .

و - قياس عقد التأمين على نظام التقاعد :

قال الأستاذ الزرقا :

وأما نظام التقاعد والمعاش لموظفي الدولة وهو نظام مالي عام في عصرنا فإني لا أقصد الاستدلال به من حيث كونه نظاما قانونيا لأن النظم القانونية لا تصلح حجة في الاستدلال لأحكام الشريعة الإسلامية ولكنني أستدل بموقف فقهاء الشريعة أجمعين منه مع أنه نظام تأميني بكل ما في كلمة التأمين من معنى فنظام التقاعد يقوم على أساس أن يقتطع من المرتب الشهري للموظف في أعمال الدولة جزء نسبي ضئيل محدود حتى إذا بلغ سن الشيخوخة القانونية وأحيل على التقاعد أخذ وهو غير موظف عامل راتبا شهريا يبلغ أضعافا مضاعفة من المبلغ الضئيل الذي كان يقتطع من راتبه شهريا وذلك بحسب مدة عمله في الوظيفة ويستمر المرتب التقاعدي الجديد مادام حيا مهما طال حياته وينقل إلى أسرته التي يعولها من زوجة وأولاد وغيرهم بشرائط معينة بعد وفاته فما الفرق بين هذا النظام وبين التأمين على الحياة ؟

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٤٥٦ - ٤٥٨ .

إن في كليهما يدفع الشخص قسطا ضئيلا دوريا لا يدري كم يستمر به دفعه وكم يبلغ مجموعه عند التقاعد وفي حكمها يأخذ الشخص أو أسرته في مقابل هذا القسط الدوري الضئيل مبلغا كبيرا دوريا أيضا في التقاعد وفوريا في التأمين على الحياة يتجاوز كثيرا مجموع الأقساط ولا يدري كم يبلغ مجموعه من التقاعد إلى أن ينطفئ الاستحقاق وانتقالاته ، بينما هو محدد معلوم المقدار في التأمين على الحياة ، فالضرر والجهالة في نظام التقاعد أعظم منها في التأمين على الحياة .

إن هذا النظام التقاعدي يقره علماء الشريعة الإسلامية كافة بلا نكير ولا يرون فيه أية شبهة شائبة من الناحية الشرعية بل إنهم يرونه أساسا ضروريا في نظام وظائف الدولة ومصلحة عامة لا بد منها شرعا وعقلا وقانونا لصيانة حياة الموظفين العاملين في مصالح الدولة بعد عجزهم وحياة أسرهم إلى مراحل معينة من بعدهم فلماذا يحسن وجود هذا النظام التقاعدي ترتبا يقوم بين الدولة وموظفيها ولا يجوز نظيره تعاقدًا ملزما بين الناس ؟ .

والخلاصة أن نظام التأمين التقاعدي بوجه عام تشهد لجوازه جميع الدلائل الشرعية في الشريعة الإسلامية وفقهها ، ولا ينهض في وجهه دليل شرعي على التحريم ولا تثبت أمامه شبهة من الشبهات التي يتوهمها القائلون بتحريمه^(١) .

ونوقش ذلك بما يأتي :

أولا : أن قول المستدل : قد شهدت جميع الدلائل الشرعية في الشريعة الإسلامية وفقهها بجواز نظام التقاعد مجرد دعوى مبالغ فيها ليس معه

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٤١٤ - ٤١٥ .

من الأدلة الصحيحة ما يعتمد عليه فيها فضلا عن أن يكون لها أدلة لا تقوم أمامها شبهة توهم المنع .

ثانيا : ادعى المستدل أن علماء الشريعة كافة في عصرنا أقروا نظام التقاعد دون أية شبهة وفي هذا من المبالغة ما في سابقه ، وإنما هي دعوى يردّها الواقع ، فإن المسألة نظرية ويوجد من العلماء المعاصرين من يخالف فيها .

ثالثا : إنه على تقدير اتفاقهم هل يعتبر ذلك إجماعا شرعيا صحيحا تثبت به الأحكام وهم يعترفون على أنفسهم بالتقليد .

رابعا : قد يقال : إن كان ما اقتطع من مرتب الموظف لا يزال باقيا على ملكه مع ما قد ضم إليه إلا أنه قيّد صرفه بزمان محدود وكيفية محدودة ، فالكلام في حكمه كالكلام في حكم التأمين وقد تقدم ، وربما كان التقاعد أشد ، لأن ما فيه من الغرر والمخاطرة والمغامرة أشد ولأن توزيعه يجري على غير سنن الموارد عطاء مستمرا أو مؤقتا أو حرمانا .

خامسا : أنه يمكن أن يقال : إن ما جعل للموظف أو أتباعه من راتب تقاعدي يعتبر مكافأة التزم بها ولي الأمر باعتباره مسؤولا عنه وعن أسرته ، ووضع لصرفها نظاما راعى فيه مصلحته ومصلحة ألصق الناس به وأقربهم إليه من أسرته كما راعى فيه ما بذله الموظف من جهد في خدمة الأمة .

وعلى هذا لا يكون المعاش التقاعدي من باب المعاوضات المالية التجارية حيث كان مبناه مسؤولية ولي الأمر عن رعيته ومقابلة أرباب المعروف فيهم بالمعروف ، وإذن فلا شبهة بينه وبين عقود التأمين فإنها معاوضات مالية تجارية استغلالية يقصد بها الربح ، فالفرق واضح بين

مكافآت من أولياء أمور الأمة المسؤولين عن رعيتهن لمن قام بخدمة الأمة أو من يعنيه أمره ، جزاء معروفه وبين عقود معاوضات تجارية تقصد بها شركات التأمين استغلال - المستأمنين والكسب من ورائهم بطرق غير مشروعة .

ز - قياس التأمين على نظام العواقل في الإسلام :

نذكر فيما يلي كلام بعض الفقهاء السابقين في بيان العاقلة ثم نذكر بعده كلام الفقهاء المعاصرين في هذا الدليل مع المناقشة .

أما كلام الفقهاء السابقين : فقال السمرقندي : ثم العاقلة من هم ؟ فعندنا العاقلة هم أهل الديوان في حق من له الديوان وهم المقاتلة ، ومن لا ديوان له فعاقلته من كان من عصيته في النسب .

وعند الشافعي لا يلزم أهل الديوان إلا أن يكونوا من النسب .. والصحيح قولنا ، لما روى عن إبراهيم النخعي أنه قال كانت الدية على القبائل ، فلما وضع عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على أهل الديوان وذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف ، وتبين أنه إنما كان على أهل القبائل للتناصر ، فلما صار التناصر بالديوان اعتبر الديوان لوجود المعنى ، ولهذا لا تكون المرأة والصبي والعبد والمدير والمكاتب من جملة العاقلة لأنهم ليسوا من أهل التناصر ولا من أهل الإعانة بالشرع^(١) .

وقال ابن جزى وإنما تؤدي العاقلة الدية بأربعة شروط وهي أن تكون الثلث فأكثر وقال ابن حنبل تؤدي القليل والكثير ، وأن تكون

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ١٨٦ .

عن دم احترازاً من قيمة العبد وأن تكون عن خطأ ، وأن تثبت بغير اعتراف وإنما يؤديها منهم من كان ذكراً بالغاً عاقلاً موسراً في الدين والدار ، وتوزع عليهم حسب حالهم في المال فيؤدي كل واحد منهم مالا يضربه ويبدأ بالأقرب فالأقرب^(١) .

وقال الشافعي : لم أعلم مخالفاً أن رسول الله ﷺ قضى بالدية على العاقلة وهذا أكثر من حديث الخاصة ، ولم أعلم مخالفاً في أن العاقلة العصبة وهم القرابة من قبل الأب وقضى عمر بن الخطاب على علي بن أبي طالب رضي الله عنهما بأن يعقل عن موالي صفية بنت عبد المطلب وقضى للزبير بميراثهم لأنه ابنها .

« قال : وعلم العاقلة أن ينظر إلى القاتل والجاني ما دون القتل مما تحمله العاقلة من الخطأ فإن كان له إخوة لأبيه حمل عليهم جنايته على ما تحمل العاقلة فإن احتملوها لم ترفع إلى بني جده وهم عمومته فإن لم يحتملوها رفعت إلى بني جده فإن لم يحتملوها رفعت إلى بني جد أبيه ثم هكذا ترفع إذا عجز عنها أقاربه إلى أقرب الناس به ولا ترفع إلى بني أب ودونهم أقرب منهم حتى يعجز عنها من هو أقرب منهم كأن رجلاً من بني عبد مناف جنى فحملت جنايته بنو عبد مناف فلم تحملها بنو عبد مناف فترفع إلى بني قصي فإن لم تحملها رفعت إلى بني كلاب فإن لم تحملها رفعت إلى بني مرة فإن لم تحملها رفعت إلى بني كعب فإن لم تحملها رفعت إلى بني لؤي فإن لم تحملها رفعت إلى بني غالب فإن لم تحملها رفعت إلى بني فهر فإن لم تحملها رفعت إلى بني مالك فإن لم تحملها رفعت إلى بني النضر فإن لم تحملها رفعت إلى بني كنانة

(١) قوانين الأحكام الفقهية ٣٧٧ .

كلها ثم هكذا حتى تنفذ قرابته أو تحتل الدية «قال» ومن في الديوان ومن ليس من العاقلة سواء قضى رسول الله ﷺ على العاقلة ولا ديوان حتى كان الديوان حين كثر المال في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وقال أيضا ولم أعلم مخالفا في أن المرأة والصبي إذا كانا موسرين لا يحملان من العقل شيئا ، وكذلك المعتوه عندي والله أعلم ولا يحمل العقل إلاّ حر بالغ ولا يحملها من البالغين فقير . فإذا قضى بها ورجل فقير فلم يجل نجم منها حتى أيسر أخذ بها وإن قضى بها وهو غني ثم حلت وهو فقير طرحت عنه إنما ينظر إلى حاله يوم حل ... الخ^(١) .

وقال الفتوحى : وهي من غرم ثلث دية فأكثر بسبب جناية غيره وعاقلة جانٍ ذكور عصبته نسباً وولاءً حتى عمودي نسبه ومن بُعد^(٢) .

وأما كلام بعض الفقهاء المعاصرين :

فقال الأستاذ مصطفى الزرقا : وأما نظام العواقل في الإسلام فهو نظام وردت به السنة النبوية الصحيحة الثبوت . وأخذ به أئمة المذاهب . وخلاصته أنه إذا جنى أحد جناية قتل غير عمد بحيث يكون موجبها الأصلي الدية أو القصاص فإن دية النفس توزع على أفراد عاقلته الذين يحصل بينه وبينهم التناصر عادة ، وهم الرجال البالغون من أهله وعشيرته وكل من يتناصر هو بهم ويعتبر هو واحدا منهم ، فتقسط الدية عليهم في ثلاث سنين بحيث لا يصيب أحدا منهم أكثر من أربعة دراهم في السنة فإذا لم يف عدد أفراد العشيرة بمبلغ الدية في ثلاث سنين يضم

(١) الأم ١٠١/١ وما بعدها .

(٢) المنتهى ٤٤٨/٢ .

إليهم أقرب القبائل والأقارب نسبا على ترتيب ميراث العصابات ، فإذا لم يكن للقاتل عشيرة من الأقارب والأنساب وأهل التناصر كما لو كان لقيطا مثلا كانت الدية في ماله تقسط على ثلاث سنين فإن لم يكن له مال كاف فعاقلته بيت المال العام أي خزانة الدولة فهي التي تتحمل دية القتل .

وهناك اختلافات يسيرة بين المذاهب في الموضوع « ينظر ابن عابدين جزء ٥/ كتاب المعادل وغيره من كتب المذاهب » .

إن هذا النظام نظام العواقل خاص بتوزيع الموجب المالي في كارثة القتل الخطأ وتهدف الحكمة فيه إلى غايتين :

الأولى/ تخفيف أثر المصيبة عن الجاني المخطيء .

والثانية/ صيانة دماء ضحايا الخطأ من أن تذهب هدرًا ، لأن الجاني المخطيء قد يكون فقيرا لا يستطيع التأدية فتضيع الدية .

قال ابن عابدين رحمه الله في أول كتاب المعادل من حاشيته « رد المختار » نقلا عن المعراج ما نصه : إن العاقلة يتحملون باعتبار تقصيرهم وتركهم حفظه ومراقبته لأنه إنما قصر لقوته بأنصاره ، فكانوا هم المقصرين ، وقد كانوا قبل الشرع الإسلامي يتحملون عنه تكروما واصطناعا بالمعروف ، فالشرع قرر ذلك - أي أوجبه وجعله إلزاميا - وتوجد هذه العادة بين الناس فإن لحقه خسران من سرقة أو حرق يجمعون له مالا لهذا المعنى . انتهى كلام ابن عابدين . أقول إن هذا الكلام صريح في أن نظام العواقل في الإسلام أصله عادة حسنة تعاونية كانت قائمة قبل الإسلام في توزيع المصيبة المالية الناشئة من القتل أو من الحرق أو السرقة ونحوها بغية تخفيف ضررها عن كاهل من لحقته جبرا لمصابه ، وإحياء لحقوق الضحايا في الجنایات ، وقد أقر الشرع الفكرة

لما فيها من مصلحة مزدوجة وجعلها إلزامية في جناية القتل لأن فيها مسؤولية متعددة بسبب التناصر ، وذلك بعد إخراج حالة العمد منها كما يقتضيه التنظيم القانوني ، يقول الرسول عليه الصلاة والسلام : (لا تعقل العواقل عمدا)^(١) لكيلا يكون في معاونه العامة تشجيع على الجريمة ، وهذا هو المنطق القانوني نفسه في عدم جواز التأمين من المسؤولية قانونا عن فعل الغش وجناية العمد . وتركها اختيارا للمروءات وفقا للتوجيه الشرعي العام في التعاون المندوب إليه شرعا في الكوارث المالية الأخرى .

فما المانع من أن يفتح باب لتنظيم هذا التعاون على ترميم الكوارث يجعله ملزما بطريق التعاقد والإرادة الحرة كما جعله الشرع إلزاميا دون تعاقد في نظام العواقل ؟ وهل المصلحة التي يراها الشرع الإسلامي بالغة من القوة درجة توجب جعلها إلزامية بحكم الشرع تصبح مفسدة إذا حققها الناس على نطاق واسع بطريق التعاقد والمعاوضة التي يدفع فيها القليل لصيانة الكثير وترميم الضرر الكبير من مختلف الكوارث وذلك لكي يصبح هذا الباب قابلا لأن يستفيد منه كل راغب ، مع ملاحظة أن هذا التوسع في النطاق داخل في دائرة التعاون المندوب إليه شرعا بصورة غير إلزامية . يقول ابن القيم رحمه الله في صدد ما يجوز من المشاركات العقدية شرعا : كل ما يجوز بذله وتركه دون اشتراط فهو لازم بالشرط . انظر إعلام الموقعين طبعة المنيرية ج ٣ ص ٣٣٩ - ٣٤٠ (٢) أه .

(١) روى هذا الحديث ابن عباس موقوفاً عليه من رواية محمد بن الحسن . وروى مرفوعاً وهو غريب . انظر نصب الراية للزيلعي ٣٩٩/٤ - كتاب المعامل - الحديث الخامس .

(٢) أسبوع الفقه الإسلامي ٤١٢ .

واعترض عليه بأن العاقلة أسرة يربطها الدم وتربطها الرحم الموصولة والتي أمر الله تعالى بوصلها ، ويربطها التعاون على البر والتقوى ؛ ويربطها التعاون في تحمل الغرم والاشتراك في كسب الغنم فهل يشبهها بأي وجه من وجوه الشبه عقد جعلي ينشأ بالإرادة يكون بين شركة مستغلة ، وطرف آخر يقدم إليها مالا كل عام أو كل شهر ؟ إننا نستغرب كل الاستغراب هذا القياس بعد بيان الأستاذ الفاضل ، بل إننا من بعده أشد استغراباً^(١) .

وأجيب عن ذلك بأن تشبيه عقد التأمين بنظام العواقل في الإسلام من حيث فكرة التعاون لا يستلزم أن تكون شركة التأمين أسرة أو عشيرة للمؤمن له كما أن العاقلة هي أسرة الجاني في القتل الخطأ .

إن من المقرر في علم أصول الفقه أن طريق القياس الذي إليه يرجع الفضل الأعظم في تضخم الفقه الإسلامي هذه الضخامة لا يجب فيه الاتحاد المطلق في الصورة بين المقيس والمقيس عليه وإلا لما كان عندئذ حاجة لإجراء القياس إذ يكون المقيس عندئذ فرداً من أفراد المقيس عليه يدخل مباشرة تحت النص الشرعي الذي يقرر الحكم في المقيس عليه ، بل يكفي في القياس التشابه بين المقيس والمقيس عليه في نقطة ارتكاز الحكم ومناطه وهي العلة ، وهذا ما رأيناه في نظام العواقل الإسلامي ، ونظام التأمين الحديث في بعض فروع فقه نظام العواقل تعاون إلزامي شرعاً في تحمل المسؤولية المالية عن القتل الخطأ ، وفي نظام التأمين تعاون اختياري بطريق التعاقد على توزيع الموجب المالي (المسؤولية المدنية) في حال التأمين من المسؤولية وهو أحد فروع نظام التأمين فما أوجبه الشرع

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٥١٧ .

إيجاباً في بعض الأحوال دون تعاقد لما فيه من مصلحة يمكن أن يسوغ نظيره تسويغاً بطريق التعاقد في صور أخرى لمصالح أخرى تشبه تلك في المصلحة من حيث النفع التجاري والاقتصادي بوجه عام وتخفيف نتائج الكوارث والأخطار عمن يصاب بها وذلك بطريقة فنية لتوزيعها وتشتيتها^(١).

ويمكن أن يقال : لا يصح قياس عقد التأمين على نظام العواقل في الإسلام لأنه قياس مع الفارق وتقرير ذلك من جوه :

الوجه الأول : أن الهدف من تحمل العاقلة عن الجاني هو النصرة الشرعية بكل ما تدل عليه هذه الكلمة من معنى ، والهدف من إنشاء عقد التأمين ما هو إلا الاستغلال المحض للشركة المتعاقدة مع المستأمن .

الوجه الثاني : نظام العواقل الخطر الذي يتحمل تراه مشتركاً فكل فرد من أفراد العاقلة عضو يناله حظه من القسط الواجب عليه وقد يقع منه شيء وقد لا يقع . وإذا وقع منه شيء يوجب تحمل العاقلة عنه فقد يكون أقل مما دفع أو أكثر أو مساوياً ، وليس بين ما يدفعه في حالة حصول الحادث من غيره وبين ما يدفع عنه في حالة وقوعه في الخطأ أي ارتباط لكن بينهما ارتباط في موجب العقل فكان واضحاً في باب التعاون وتحمل المسؤولية .

الوجه الثالث : أن القدر الذي يحمله الفرد من أفراد العاقلة يختلف باختلاف أوصاف الأفراد من غني وفقير ودرجة متوسطة بينهما فالفقير لا يحمل شيئاً وما يقدر عليه الغني والمتوسط يختلف باختلافهما ، أما في

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٥٤٣ ، ٥٤٤ .

عقد التأمين فالمقدر على الشركة إذا وقع الخطر يؤخذ حتما سواء كانت غنية أو فقيرة فإن كانت غنية استلم منها وإن كانت فقيرة بقي في ذمتها وسواء أبحف بها أو لم يبحف بها فأين هذا من نظام العواقل .

الوجه الرابع : ما تتحمله العاقلة مقدر شرعا وهو الدية أما في عقد التأمين فيؤخذ المبلغ الموقع عليه في العقد سواء كان أقل من الدية أو أكثر - هذا في التأمين على الحياة -

ح - قياس التأمين على عقد الحراسة :

نذكر فيما يلي ما تيسر من كلام الفقهاء السابقين في حكم عقد الحراسة . ثم نذكر بعده كلام الفقهاء المعاصرين في الاستدلال بهذا القياس على الجواز :

أما كلام بعض الفقهاء السابقين :

فقال أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي في أثناء الكلام على الأجير الخاص قال : النوع الثاني ضمان الحارس : استأجر رجلا لحفظ الخان فسرقت من الخان شيء لا ضمان عليه لأنه يحفظ الأبواب ، أما الأموال فإنها في يد أربابها في البيوت ، وروى عن أحمد بن محمد القاضي في حارس يحرس الحوانيت في السوق فنقب حانوت فسرقت منه شيء أنه ضامن لأنه في معنى الأجير المشترك لأن لكل واحد حانوتا على حدة فصار بمنزلة من يرعى غنما لكل إنسان شاة ونحو ذلك .

وقال الفقيه أبو جعفر الفقيه أبو بكر : الحارس أجير خاص ألا يرى أنه لو أراد أن يشغل نفسه في موضع آخر لم يكن له ذلك فلا يضمن الحارس إذا نقب حانوت لأن الأموال محفوظة في يد ملاكها وهو الصحيح وعليه الفتوى من المشتمل .

وفي الخلاصة حارس يحرس الحوانيت في السوق فنقب حانوت رجل فسرقة منه شيء لا يضمن لأن الأموال في يد أربابها وهو حافظ الأبواب كذا قال الفقيه أبو جعفر وعليه الفتوى قال وهذا قولهما أما عند أبي حنيفة لا يضمن مطلقا وإن كان في يده لأنه أجير . أه .

الخاني المستأجر لحفظ الأمتعة ليلا ونهارا ذهب إلى الحمام بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس وتركها بلا حافظ مفتوحة فكسر السارق مغلاق الأنبار خانه وسرق مافيه لا يضمن ليلا كان أو نهارا ولو سرق من الكنار التي في الصحن يضمن من القنيه .

وفي الوديعة من الخلاصة خان فيه منازل وبيوت وكل بيت مقفل في الليل فخرج من مقفل وترك باب الخان مفتوحا فجاء سارق ونقب بيتا وسرق منه مالا فإنه لا يضمن فاتح الباب وهو يظهر من باب فتح القفص . أه^(١) .

وقال البهوتي واختار الشيخ صحة ضمان حارس ونحوه^(٢) .

وأما كلام الفقهاء المعاصرين في الاستدلال بقياس عقد التأمين على عقد الحراسة فقد بينه الأستاذ الزرقاء بقوله :

الأجير الحارس هنا وإن كان مستأجرا على عمل يؤديه هو القيام بالحراسة نجد أن عمله المستأجر عليه ليس له أي أثر أو نتيجة سوى تحقيق الأمان للمستأجر على الشيء المحروس ، واطمئنانه إلى استمرار سلامته من عدوان شخص أو حيوان يخشى أن يسطو عليه فهو ليس

(١) مجموع الضمانات في مذهب أبي حنيفة - ٣٤ - الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر المحمية سنة ١٣٠٨ هـ .

(٢) الإقناع وشرحه ٣/٣٠٤ .

كعمل الصانع فيما استؤجر على صنعه وعمل الخادم في الخدمة المستأجر عليها وعمل الناقل في نقل الأشياء التي استؤجر لنقلها فنقلها إلى مكان لم تكن فيه ، فكل هذه أعمال منتجة نتيجة محسوسة يقوم بها الأجير ، أما الحارس فليس لعمله أية نتيجة سوى هذا الأمان الذي بذل المستأجر جزء ماله للحصول عليه فكذا الحال في عقد التأمين يبذل فيه المستأمن جزءاً من ماله في سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التي يخشاها^(١) .

وأجاب الأستاذ أبو زهرة رحمه الله عن ذلك بمنع أن يكون محل العقد هو الأمان فقال : إننا نفهم أن يكون الأمان باعثاً على العقد ولا نفهم أن يكون محل العقد فمن يشتري عقاراً محل العقد هو العقار والباعث هو السكنى أو الإستغلال ، ولا يُعَدُّ الاستغلال محلاً ، والأمان أمر معنوي لا يباع ولا يشتري ، وهو أمر نفسي يتصل بالنفس قد يأتي بغير ثمن وقد يدفع فيه الثمن الكثير ولا أمان ، ولا نعرف عقداً من العقود الإسلامية والمدنية محل العقد فيه الأمان حتى نلحق به ذلك العقد الغريب ولكن الأستاذ حفظه الله يفكر ، ثم يأتي لنا بعقد الحراسة ويعتبر محل العقد فيها الأمان ويلحق به عقد التأمين غير الاجتماعي كما تلحق الأشياء بأشبابها .

ونقول له : إن الأمان في عقد الحراسة غاية وليس محلاً للعقد ، وطرفا العقد فيه هما الأجير والمستأجر ، وأحب أن أقول إن الأجير هنا أجير واحد ، أي أجير خاص يأخذ الأجرة في نظير القرار في مكان معين يكون فيه قائماً بالحراسة والأجرة فيه على الزمن لا على مجرد العمل ،

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٤٠٤ .

ومن المؤكد أنه ليس محل العقد هو الأمان وعدم السرقة ، وإلا ما استحق الأجرة إذا قام بالحراسة على وجهها وسرق المكان المحروس .

وأن الأستاذ يقول في رد هذا الكلام بالنص : « العقود جميعا إنما شرعت بحسب غايات ونتائجها ، فما هي غاية عقد الحراسة ؟ وما هو ذلك الأثر الذي يحصل من عمل الحارس ؟ الجواب واضح ، وهو أن ذلك الأثر ليس سوى أمان المستأجر واطمئنانه » .

وأقول للأستاذ الجليل : إني لا أسيغ هذا الكلام ، لأن آثار العقود لا تسمى محل العقود ، فإذا اشتريت عقارا لأسكنه ، أتعُد غايتي هذه هي محل العقد ، وهل يعد البائع ضامنا إلى هذه السكنى بحيث إذا اشتريته وتبين لي أنه لا يصلح لسكنائي أو لا يصلح للسكنى يكون البيع باطلا مع أنني عاينت ونظرت ثم اشتريت^(١) .

ط - قياس التأمين على الإيداع :-

وبيانه أن المودع إذا أخذ أجرة عن الوديعة يضمنها إذا هلكت فكذلك المؤمن يضمن لأنه يأخذ من المستأمن مبلغا من المال على أن يؤمنه من خطر معين ، ويجاب عن هذا بقول ابن عابدين : والفرق بينه وبين الأجير المشترك أن المعقود عليه في الإجارة هو العمل والحفظ واجب عليه تبعا أما المودع بأجرة فإن الحفظ واجب عليه مقصودا ببذل فلذا ضمن كما صرح بذلك فخر الدين الزيلعي في باب ضمان الأجير .

وهنا لما أخذ المبدل بمقابلة الحفظ الذي كان واجبا عليه تبعا صار الحفظ واجبا عليه قصداً بالمبدل فيضمن لكن يبقى النظر في أنه هل

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٥٢٢ .

يضمن مطلقاً أو فيما يمكن الاحتراز عنه والذي يظهر الثاني لاتفاقهم في الأجير المشترك على عدم ضمانه فيما لا يمكن الاحتراز عنه فالظاهر أن المودع بأجر كذلك لأن الموت والحريق ونحوهما مما لا يمكن ضمانه والتعهد بدفعه^(١) انتهى ..

ويمكن أن يقال أيضاً بأن عقد التأمين عقد معاوضة تجارية بخلاف الإيداع فإن القصد به المساعدة بحفظ الوديعة لا الاتجار بها ...

ي - قياس التأمين على ما عرف بقضية تجار البز مع الحاكة وصورتها أنه في أواسط القرن الثامن وقعت مسألة بـ « سلا » على عهد قاضها أبي عثمان سعيد العقباني تسمى قضية تجار البز مع الحاكة .

هي أن تجار البز رأوا توظيف مغارم مخزنية ثقيلة عليهم فاتفقوا على أن كل من اشترى منهم سلعة دفع درهما عند رجل يثقون به وما اجتمع من ذلك استعانوا به على الغرم وأراد الحاكة منعهم بدعوى أنه يضر بهم وينقص من ربحهم . قال العقباني : فحكمت بإباحة ذلك بشرط ألاَّ يجبر واحد من التجار على دفع الدراهم^(٢) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه قياس مع الفارق فإن قضية تجار البز مع الحاكة من باب التأمين التبادلي وهو تعاون محض وعقود التأمين التي هي محل البحث عقود معاوضة تجارية يراد من ورائها الربح فلا يصح قياسها على قضية تجار البز مع الحاكة ..

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين : الأجوبة المحققة في أسئلة متفرقة ١٧٨/٢ .

(٢) القد السامي / ٣١٠ .

ك - التأمين فيه مصلحة ، وقد دل الكتاب والسنة والإجماع على اعتبار المصالح .

نذكر فيما يلي الكلام في المراد بالمصلحة وفي الاحتجاج بها عند العلماء السابقين ، ثم نذكر ما تيسر من كلام الفقهاء المعاصرين في بيان الاستدلال بهذا الدليل .

أما كلام العلماء السابقين فقال الآمدي في بيان المصلحة المرسلة : هي ما لم يشهد الشرع باعتبارها ولا إلغائها . وقد اتفقت الشافعية والحنفية وأكثر الفقهاء على امتناع التمسك بها إلا ما نقل عن مالك مع إنكار أصحابه لذلك عنه والحق في ذلك مذهب الجمهور ، لأن ما لا يكون معتبرا في الشرع لا يكون دليلا شرعيا ، وما يقال إنه مامن وصف مصلحي إلا وقد اعتبر ما هو من جنسه غير صحيح لأنه إن أريد المشاركة بينه وبين الوصف المعتبر في الجنس القريب منه فهو الملائم ولا نزاع فيه وإن أريد به الجنس الغائي فكما قد شارك الوصف المعتبر فيه فقد شارك الأوصاف الملغاة فيه وليس إلحاقه بالمعتبر أولى من الملغى^(١) .

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - الطريق السابع : « المصالح المرسلة » وهو أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة وليس في الشرع ما ينفيه فهذه الطريق فيها خلاف مشهور فالفقهاء يسمونها « المصالح المرسلة » ومنهم من يسميها الرأي . وبعضهم يقرب إليها الاستحسان وقريب منها ذوق الصوفية ووجدتهم وإلهاماتهم ، فإن حاصلها أنهم يجدون في القول والعمل مصلحة في قلوبهم وأديانهم ويدوقون طعم ثمرته وهذه مصلحة لكن بعض الناس يخص المصالح المرسلة بحفظ

(١) منهي السؤل في علم الأصول ٥٦/٤ .

النفوس والأموال والأعراض والعقول والأديان وليس كذلك ، بل المصالح المرسلّة في جلب المنافع وفي دفع المضار ، وما ذكره من دفع المضار عن هذه الأمور الخمسة فهو أحد القسمين .

وجلب المنفعة يكون في الدنيا وفي الدين ، ففي الدنيا كالمعاملات والأعمال التي يقال فيها مصلحة من غير خطر شرعي ، وفي الدين ككثير من المعارف والأحوال والعبادات والزهادات التي يقال فيها مصلحة للإنسان من غير منع شرعي ، فمن قصر المصالح على العقوبات التي فيها دفع الفساد عن تلك الأحوال ليحفظ الخمسة فقط فقد قصر .

وهذا فصل عظيم ينبغي الاهتمام به فإن من جهته حصل في الدين اضطراب عظيم وكثير من الأمراء والعلماء والعباد رأوا مصالح فاستعملوها بناء على هذا الأصل ، وقد يكون منها ما هو محذور في الشرع ولم يعلموه ، وربما قدم على المصالح المرسلّة كلاما بخلاف النصوص وكثير منهم من أهمل مصالح يجب اعتبارها شرعا بناء على أن الشرع لم يرد بها ففوت واجبات ومستحبات أو وقع في محظورات ومكروهات وقد يكون الشرع ورد بذلك ولم يعلمه .

وحجة الأول : أن هذه مصلحة والشرع لا يهمل المصالح ، بل قد دل الكتاب والسنة والإجماع على اعتبارها .
وحجة الثاني أن هذا أمر لم يرد به الشرع نصا ولا قياسا .

والقول بالمصالح المرسلّة يشرع من الدين ما لم يأذن به الله « غالبا » وهي تشبه من بعض الوجوه مسألة الاستحسان والتحسين العقلي والرأي ونحو ذلك فإن الاستحسان طلب الحسن والأحسن كالإستخراج وهو رؤية الشيء حسنا كما أن الاستقباح رؤيته قبيحا والحسن هو المصلحة

فالاستحسان والاستصلاح متقاربان ، والتحسين العقلي قول بأن العقل يدرك الحسن ، لكن بين هذه فروق ، والقول الجامع أن الشريعة لا تهمل مصلحة قط ، بل الله تعالى قد أكمل لنا الدين وأتم النعمة فمامن شيء يقرب إلى الجنة إلا وقد حدثنا به النبي ﷺ وتركنا على البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها بعده إلا هالك ، لكن ما اعتقده العقل مصلحة وإن كان الشرع لم يرد به فأحد الأمرين لازم له ، إما أن الشرع دل عليه من حيث لم يعلم هذا الناظر أو أنه ليس بمصلحة ، وإن اعتقده مصلحة لأن المصلحة هي المنفعة الحاصلة أو الغالبة ، وكثيرا ما يتوهم الناس أن الشرع ينفع في الدين والدنيا ويكون فيه منفعة مرجوحة بالمضرة ، كما قال تعالى في الخمر والميسر ﴿ قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ (١) .

وقال الشاطبي - رحمه الله - المعنى المناسب الذي يربط به الحكم لا يخلو من ثلاثة أقسام :
إحداها : أن يشهد الشرع بقبوله ، فلا إشكال في صحته ، ولا خلاف في إعماله وإلا كان مناقضة للشريعة كشريعة القصاص حفظا للنفوس والأطراف وغيرها .

والثاني : ما شهد الشرع برده ، فلا سبيل إلى قبوله ، إذ المناسبة لا تقتضي الحكم لنفسها وإنما ذلك مذهب أهل التحسين العقلي ، بل إذا ظهر المعنى وفهمنا من الشرع اعتباره في اقتضاء الأحكام ، فحينئذ نقبله ، فإن المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال ، فإذا

(١) مجموع الفتاوى ٣٤٢/١١ وما بعدها . والآية في سورة البقرة آية ٢١٩ .

لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى بل يرده كان مردودا باتفاق المسلمين ، ومثاله ما حكى الغزالي عن بعض أكابر العلماء أنه دخل على بعض السلاطين فسأله عن الوقاع في نهار رمضان فقال : عليك صيام شهرين متتابعين . فلما خرج راجعه بعض الفقهاء وقالوا له القادر على اعتاق الرقبة كيف يعدل به إلى الصوم والصوم وظيفة المعسرين ، وهذا الملك يملك عبيداً غير محصورين ؟ فقال لهم : لو قلت له عليك اعتاق رقبة لاستحقر ذلك وأعتق عبيداً مراراً ، فلا يزجره اعتاق الرقبة ويزجره صوم شهرين متتابعين « إلى أن قال » :-

الثالث : ما سكت عنه الشواهد الخاصة ، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه . فهذا على وجهين :

أحدهما - أن يرد نص على وفق ذلك المعنى ، كتعليل منع القتل للميراث ، بالمعاملة بنقيض المقصود بتقدير أن لم يرد نص على وفقه فإن هذه العلة لا عهد بها في تصرفات الشرع بالفرائض ولا بملائمها بحيث يوجد لها جنس معتبر ، فلا يصح التعليل بها ، ولا بناء الحكم عليها باتفاق ، ومثل هذا تشريع من القائل به فلا يمكن قبوله .

والثاني - أن يلائم تصرفات الشرع ، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وهو الاستدلال المرسل المسمى بالمصالح المرسلة ، ولا بد من بسطه بالأمثلة حتى يتبين وجهه بحول الله . - وذكر عشرة أمثلة لذلك ثم قال : فهذه أمثلة عشرة توضح لك الوجه العملي في المصالح المرسلة وتبين لك اعتبار أمور :

أحدها - الملاءمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من دلائله .

والثاني - أن عامة النظر فيها إنما هو فيما عقل منها وجرى على دون^(١) المناسبات المعقولة التي إذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول ، فلا مدخل لها في التعبدات ولا ما جرى مجراها من الأمور الشرعية ، لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل ، كالوضوء والصلاة والصيام في زمان مخصوص دون غيره ، والحج ونحو ذلك .

« ثم ذكر مجموعة أمثلة توضح ذلك ثم قال : »

والثالث - أن حاصل المصالح المرسلة يرجع إلى حفظ أمر ضروري ، ورفع حرج لازم في الدين وأيضاً مرجعها إلى حفظ الضروري ، من باب « ما لا يتم الواجب إلا به .. » فهي إذاً من الوسائل لامن المقاصد . ورجوعها إلى رفع الحرج راجع إلى باب التخفيف لا إلى التشديد. أهـ^(٢).

وأما كلام الفقهاء المعاصرين في بيان وجه الاستدلال بهذا الدليل : فقال عبد الرحمن عيسى : ومن الإنصاف أن نقرر أن التأمين نشأ وليد الحاجة ، ولم تزل عملياته تتعدد وتتنوع تبعاً لما يحققه من مصالح اقتصادية كبيرة فقلما نجد باخرة تعبر البحار إلا مؤمناً عليها ، وقلما نجد البضائع تشحن من الخارج بجرأ أو جواً إلا مؤمناً عليها وكذلك قلما نجد العمارات الشاهقة والمتاجر الكبيرة إلا مؤمناً عليها ضد الحريق ، وكذلك مخازن البنوك ومخازن الشركات للقطن والحبوب وغيرها مؤمن عليها ضد الحريق ، وكذلك مخازن البترول والزيوت ومخازن الأخشاب وكذلك المصانع الكبيرة وعمالها مؤمن عليها ، وكذلك السيارات والطائرات فقد دفعت قواعد الاقتصاد الناس دفعاً إلى التأمين لدى شركات التأمين ليؤمنوا الكوارث المالية الفادحة التي يتعرضون لها نظير

(١) كذا في المطبوع ، ولعله « على سنن » .

(٢) انظر الاعتصام ج ٣ ص ٢٨٣ - ٢٨٤ و ص ٢٨٦ - ٢٨٧ و ص ٣٠٧ - ٣١٣ .

ما يدفعون لشركات التأمين من مال لا يذكر بجانب الكوارث والخساسة إذا نزلت بفرد منهم .

وكم سمعنا من قبل التأمين عن بيوت عظيمة للتجار خربت بغرق بضائعهم وسفنهم وكم سمعنا عن محال تجارية نشيطة أكلتها النيران وأمسى ذووها يتكففون الناس ، وكم وكم من كوارث حلت بذوي الحظ العاثر فبددت الثروات وجلبت الذل والخسران ولكن التأمين وقد انتشر وظهرت آثاره حقق معناه فأمن الناس من هذه الكوارث المخربة للديار العامة وخففت من فداحتها .

فعن رضا تام من طالب التأمين يتعاقد مع شركة التأمين ويدفع أقساط التأمين وعن رضا تام من الشركة تتعاقد معه وتدفع قيمة الخسارة إذا نزلت به فإنها تجمع منه ومن غيره مبالغ كثيرة وفي الغالب تكون السلامة بحيث يبقى لها بعد سداد الخسائر أرباح كثيرة^(١) .

وقال الأستاذ عبد الرحمن عيسى أيضا :
وقد قرر العلماء أن المصالح العامة إذا كانت تناسب حكما شرعيا فإن ذلك الحكم الذي تناسبه يثبت للعمل الذي يحقق المصلحة العامة ، اعتباراً بهذا الوصف المناسب للحكم ولهم في ذلك سلف عظيم ، أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وغيرهم فقد جمع أبو بكر رضي الله عنه القرآن في صحف بعد موقعة اليمامة خوفا من ضياعه بقتل القراء ولم يكن ذلك من قبل أبي بكر .

وقد نسخ عثمان بن عفان من هذه الصحف أربعة مصاحف ووزعها

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٤٧٣ - ٤٧٤ .

على الأقطار وأمر بحرق كل صحيفة تخالف الصحف معنا لاختلاف الناس في القرآن .

ولعمر بن الخطاب من ذلك الكثير لإثبات الحكم الشرعي للعمل الذي يحقق المصلحة العامة فهو الذي أنشأ الدواوين ، وأنشأ البريد ، بل قد أسقط عمر سهم المؤلفة قلوبهم من الزكاة مع أنها صنف من الأصناف الثمانية الذين تصرف لهم الزكاة ، وذلك لأن عمر رضي الله عنه رأى أن هذا الصنف كان يأخذ من الزكاة مراعاة لمصلحة المسلمين إذ كان فيهم ضعف ، وكانوا في حاجة إلى تألف هذا الصنف ، ولكن لما قويت شوكة المسلمين ولم يصيروا في حاجة إلى تأليف هؤلاء ، رأى عمر رضي الله عنه وهو البصير بأمر المسلمين ألا مصلحة في إعطاء هذا الصنف من الزكاة ، بل المصلحة في منعهم لئلا يظن بالمسلمين الضعف . كذلك أسقط عمر أيضاً حد السرقة عن السارق عام الجماعة لأن الجماعة لما اشتدت ربما تكون هي التي دفعت تحت تأثير العوامل الطبيعية إلى السرقة ليحصل السارق على الطعام الذي لا يكاد يجده ، فتكون حالة الضرورة هي الدافع على السرقة فاقضى عدم إقامة الحد مراعاة لهذه العوامل الطبيعية .

فهذه المواقف وأمثالها من الخلفاء الراشدين على مشهد من أصحاب رسول الله ﷺ مع عدم إنكارهم ، دليل على أنهم يرون أن المصالح العامة من الأمور المناسبة للحكم الشرعي ، والتي يبني عليها ثبوت ذلك الحكم وقد بينا بوضوح تام أن التأمين يحقق مصالح عامة هامة فيكون حكمه الجواز شرعاً اعتباراً لما يحققه من المصالح العامة^(١) .

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٤٧٤ - ٤٧٥ .

وقال أيضا : قد يبدو ما قررناه ظاهرا وجليا من أن التأمين يحقق الصالح العام بالنسبة للتأمين ضد أخطار الملكية كالتأمين ضد الحريق وضد الغرق وضد السرقة .

وقد يبدو محتاجا إلى ظهور وجلاء بالنسبة للتأمين على الحياة وضد سائر الأخطار الشخصية فنجلي عمليات التأمين بالنسبة للأخطار الشخصية بما يأتي :

إن التأمين على الحياة وضد سائر الأخطار كالتأمين على بعض الحواس كالسمع والبصر ، وغيرهما أو على بعض أجزاء الجسم كاليدين والساقين وغيرهما ، هذا التأمين يحقق الصالح العام في الصناعات والمهن الخطيرة فيه تخفيف آلام الكوارث التي تنزل برجال الصناعات وتهون الشدائد التي تقع على المخاطرين من رجال الأعمال لهذا يكون التأمين ضد الأخطار الشخصية في الصناعات والمهن الخطيرة جائزا شرعا^(١) .

وقد علق الأستاذ أبو زهرة على كلام الأستاذ عبد الرحمن عيسى في الاستدلال بالمصلحة على جواز التأمين فقال :

لا بد أن أتعرض لبعض أمور جزئية ثارت في أثناء المناقشات أو جاءت في بعض البحوث ومن ذلك الكلام على أمر يتعلق بالمصلحة فقد جاء في بحث فضيلة الشيخ عبد الرحمن عيسى أن عمر بن الخطاب ترك بعض النصوص لأجل المصلحة ، وذكر مسألتين أبلاهما التكرار وهما مسألة المؤلفلة قلوبهم ، ومسألة قطع اليد وإهماله عام المجاعة .

ونقول بالنسبة للأولى أن عمر بن الخطاب ما أسقط سهم المؤلفلة

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٤٧٧ .

قلوبهم وما كان في استطاعته أن يسقط نصا قرآنيا ، ولكن عمر منع إعطاء أناس كانوا يأخذون في عهد الرسول ﷺ وعهد الصديق رضي الله عنه كالزبرقان بن بدر وغيره ، فهو ما اعتبر إعطاءهم حقهم مكتسبا ، بل اعتبر مثل هذا العطاء موقوفا بحال الشخص وحال المسلمين .

وقد يقول ولكنه لم يعط غيره ، ونقول : إنه رأى أنه لا موضع لتطبيق النص لعدم حاجة المسلمين إليه ومثل ذلك سهم المدينين فهل يعد إسقاطا للسهم إذا لم يجد مدينا يسد عنه ، وكذلك سهم الرقاب فهل يعد إسقاطا للسهم إذا لم يوجد عبد مسلم يعتق .

ولذلك قرر الفقهاء بالإجماع أنه إذا وجدت حال يكون فيها إعطاء ناس تأليفا لقلوبهم فيه تقوية للإسلام فإن النص القرآني يجب الأخذ به ولذلك لا يصح لأحد أن يقول إن عمر رضي الله عنه أسقط سهم المؤلفة قلوبهم ، إن ذلك قول الإفرنجية الذين لا يرجون للإسلام وقارا ويريدون توهين نصوصه ، وتبعهم بعض كبار العلماء عن غير بينة وكل امرئ يخطيء ويصيب مهما كانت منزلته العلمية .

وأما مسألة عدم قيام الحد عام الرمادة ، وهو السنة التي اشتدت فيها المجاعة على المسلمين ، فذلك لأن عمر رضي الله عنه وجد شبهة في إقامته ، ومن المقررات الفقهية أن الحدود تدرأ بالشبهات ، وقد قال النبي ﷺ : (ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم)^(١) والشبهة أنه رأى السارقين في حال جوع شديد واضطرار ، ويعلم كل فقير أن الضرورات تبيح المحظورات ، وأن من كان في حال جوع يتعرض فيه

(١) أخرجه ابن أبي شيبة والترمذي والحاكم والبيهقي عن عائشة .

للتلف إذا لم يأكل يباح له مال غيره بقدر ما يسد رمقه ، وإذا منعه فقاتله فقتل صاحب الطعام لا دية فيه ، والقصة تنبئ عن ذلك فإن غلمان حاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة ونحروها وأكلوها ، فهم عمر بأن يقيم الحد عليهم ولكنه تبين له أن حاطبا يجمع غلمانه ، فلم يقيم الحد وغرمه ، أليس في الخبر ما يدل على أنه درأ الحد بشبهة الاضطرار وقد اشتكوا إليه وثبتت صحة شكواهم والعام عام مجاعة ولذلك يقرر فقهاء الحنابلة وكثيرون غيرهم أن من شرط إقامة الحد في السرقة ألا يكون السارق قد سرق طعامه في مجاعة لمكان شبهة الاضطرار في إقامة الحد^(١) .

ل - التأمين لم يقيم دليل على منعه فيكون مباحا بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة .

لقد ذكرت اللجنة في بحث الشرط الجزائي كلاما مفصلا عن العلماء السابقين على أن الأصل في الأشياء الإباحة فرأت الاكتفاء بذكره هناك عن إعادته هنا .

وأما وجه استدلال العلماء المعاصرين بهذا الدليل فقد أوضحه الشيخ عبد الرحمن عيسى بقوله :

قال الله تعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا ﴾^(١) قال المفسرون : أي هو الذي خلق لأجلكم جميع ما في الأرض لتتفكروا به في دنياكم بالذات أو بالواسطة وفي دينكم بالاعتبار والاستدلال : وقالوا أيضا : استدلل كثير من أهل السنة بالآية على أن الأصل في

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٥٢٥ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٩ .

الأشياء الإباحة وقال صاحب تفسير المنار : إن هذه الجملة هي نص الدليل القطعي على القاعدة المعروفة عند الفقهاء « إن الأصل في الأشياء الإباحة » .

هذا الأصل يتبعه أن تكون معاملات الناس فيما خلقه الله لمنفعتهم مباحة إلا ما ورد فيه دليل بخصوصه يقتضي غير ذلك فبمقتضى هذه القاعدة تكون عمليات التأمين التي بينها مباحة لأنها من معاملات الناس فيما خلقه الله لمنفعتهم ولم يرد بخصوصها نص يحظرها^(١) .

وقال أيضا بالنسبة للتأمين على الحياة : ويمكن أن نثبت للتأمين ضد الأخطار الشخصية في الصناعات والمهن الخطيرة الجواز أيضا من ناحية الإباحة التامة الثابتة لكل عمل يتصل بما خلقه الله لمنفعتنا ولم يرد فيه بخصوصه دليل يقتضي الحظر لأن كل ذلك ينطبق على هذا التأمين^(٢) .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقا : رأينا الشخصي في الموضوع في نظري أن نقطة الانطلاق في بحث حكم الشريعة الإسلامية في عقد التأمين يجب أن تبدأ من ناحية هي عندي حجر الأساس وهي هل أنواع العقود في الشريعة الإسلامية محصورة لا تقبل الزيادة ؟ أي هل نظام التعاقد في الإسلام يحصر الناس في أنواع معينة من العقود المسماة ، وهي العقود المعروفة في صدر الإسلام من بيع وإجارة وهبة ورهن وشركة وصلاح وقسمة وإعارة وإيداع وسائر العقود الأخرى المسماة ، التي ورد لها ذكر وأحكام في مصادر فقه الشريعة من كتاب وسنة وإجماع ولا يبيح للناس إيجاد أنواع من العقود غير داخلة في أحد الأنواع السابقة

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٤٧٥ ، ٤٧٦ .

(٢) أسبوع الفقه الإسلامي / ٤٧٨ .

المذكورة لهم ، أم أن الشريعة تركت الباب مفتوحاً للناس في أنواع العقود وموضوعاتها فيمكنهم أن يتعارفوا على أنواع جديدة إذا دعيت حاجاتهم الزمنية إلى نوع جديد ليس فرعاً من أحد الأنواع المعروفة قبلاً ، ويصح منهم كل عقد جديد متى توافرت فيه الأركان والشروط العامة التي تعتبر من النظام التعاقدي العام في الإسلام كالشروط المطلوبة شرعاً في التراضي والتعبير عن الإرادة وفي محل العقد بحيث لا يتضمن العقد ما يخالف قواعد الشريعة التي عبر عنها النبي عليه الصلاة والسلام بقوله : « كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وإن كان مائة شرط »^(١) فكتاب الله في هذا المقام معناه القواعد العامة في الشريعة وليس معناه القرآن فهو مصدر بمعنى المفعول أي ما كتبه الله على المؤمنين وأوجبه عليهم كقوله تعالى : ﴿ إِنْ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا ﴾^(٢) .

والجواب على هذا السؤال أن الشرع الإسلامي لم يحصر الناس في الأنواع المعروفة قبلاً من العقود بل للناس أن يبتكروا أنواعاً جديدة تدعوهم حاجتهم الزمنية إليها بعد أن تستوفي الشروط العامة المشار إليها . وهذا ما نراه هو الحق وهو من مبدأ سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي وقد استوفيت بحثه في كتابي « المدخل الفقهي العام » وهو الجزء الأول من سلسلة الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد .. وقد خالف في ذلك الظاهرية فاعتبروا أن الأصل في العقود هو التحريم ما لم يرد في الشرع دليل الإباحة^(٣) .

(١) أخرجه بهذا اللفظ البزار والطبراني عن ابن عباس . وأصله في الصحيحين وأحمد ومالك وأبو داود والنسائي وابن الجارود والطحاوي والدارقطني والبيهقي عن عائشة .

(٢) سورة النساء الآية ١٠٣ .

(٣) أسبوع الفقه الإسلامي / ٣٨٧ - ٣٨٨ .

وقد ذكر الأستاذ الزرقا بيع الوفاء عند الحنفية شاهداً على أن العقود لا تنحصر فيما كان موجودا في عصر التنزيل أو الصحابة .

فقال : ومن الشواهد الواقعية في المذهب الحنفي على أن الأصل في العقود الجديدة هو الإباحة شرعا عقد « بيع الوفاء » الذي نشأ في القرن الخامس الهجري .

ولا أجد في تاريخ الفقه الإسلامي واقعة أشبه بواقعة التأمين من بيع الوفاء في أول ظهوره لا من حيث موضوع العقدين ، بل من حيث الملابس الخارجية والاختلافات التي أحاطت بكل منهما ، فبيع الوفاء أيضا عقد جديد ذو خصائص وموضوع وغاية يختلف فيها عن كل عقد آخر من العقود المسماة المعروفة قبله لدى فقهاء الشريعة ، وهو ينطوي على غاية يراها الفقهاء محرمة لأنه يخفي وراءه ألوانا من الربا المستور وهو الحصول على منفعة من وراء القرض حيث يدفع فيه الشخص مبلغا من النقود ويسميه ثمنا لعقار يسلمه صاحبه إلى دافع المبلغ الذي يسمى مشتريا للعقار لينتفع به بالسكنى أو بالإيجار بمقتضى الشراء بشرط أن صاحب العقار الذي يسمى في الظاهر بائعا متى وفي المبلغ المأخوذ على سبيل الثمنية استرد العقار ، ونتيجة ذلك أن ما يسمى مشتريا بالوفاء لا يستطيع أن يتصرف بالعقار الذي اشتراه بل عليه الاحتفاظ بعينه كالمرهون لأنه سوف يكلف رده لصاحبه متى أعاد إليه الثمن ولكل منهما الرجوع عن هذا العقد أي فسخه وطلب التراد ولو حددت له المدة .

هذه خلاصة بيع الوفاء الذي تعارفه الناس في بخارى وبلخ في القرن الخامس الهجري واثارت حوله اختلافات عظيمة بين فقهاء العصر إذ ذاك حول جوازه ومنعه وتخريجه ، أي تكييفه ، أعظم مما هو واقع اليوم في عقد التأمين .

أ - فمن الفقهاء من نظر إلى صورته فاعتبره بيعا ، وطبق عليه شرائط البيع فاعتبره بيعا فاسدا لأن الشرط المقترن به مفسد وأفتى فيه بذلك .
ب - ومنهم من اعتبره بيعا صحيحا وألغى فيه شرط الإعارة معتبرا أن هذا الشرط من قبيل الشرط اللغو لا الشرط المفسد وأفتى بذلك ، وهذا مشكل جداً وفيه ضرر للبائع لأن الثمن فيه عادة أقل من القيمة الحقيقية للعقار كالدين المرهون له فيه .

ج - ومنهم من نظر إلى غايته لا إلى صورته ، فرآه في معنى الرهن الذي اشترط فيه انتفاع المرتن بالمرهون ، فاعتبره رهنا وألغى فيه شرط الانتفاع ، وأفتى بذلك .

قال العلامة الشيخ بدر الدين محمود بن قاضي سماوه في الفصل - ١٨ - من كتابه « جامع الفصولين » نقلا عن فتاوى الإمام نجم الدين عمر بن محمد النسفي ما نصه :

البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالا للربا وأسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة ، وهو ضامن لما أكل من ثمر وأتلفه من شجره ويسقط الدين بهلاكه ، لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام ، لأن المتعاقدين وإن سمياه بيعا لكن عرفهما الرهن والاستيثاق بالدين ، إذ العاقد « أي البائع » يقول لكل أحد بعد هذا العقد رهننت ملكي فلانا ، والمشتري يقول : ارتهنت ملك فلان ، والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني فهبة المرأة نفسها مع تسمية المهر وحضرة الشهود نكاح ، وهكذا .

ثم قال : قال السيد الإمام : قلت للإمام الحسن الماتريدي قد فشا هذا البيع بين الناس وفتواك أنه رهن وأنا على ذلك ، فالصواب أن نجتمع الأئمة ونتفق على هذا ونظهره بين الناس . فقال : المعتبر اليوم فتوانا ،

وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله . انتهى كلام النسفي .

أقول أبرز المخالفون بعد ذلك أنفسهم ، واستقرت الفتوى في المذهب الحنفي على ما سمي : « القول الجامع » وهو أن بيع الوفاء ليس بيعاً صحيحاً ، ولا بيعاً فاسداً ولا رهناً وإنما هو عقد جديد ذو موضوع وخصائص مختلفة عما لكل واحد من هذه العقود الثلاثة ، ولكن فيه مشابه من كل عقد من هذه الثلاثة ، لذلك قرر فقهاء المذهب بعد ذلك أحكاماً مستمدة من هذه العقود الثلاثة جميعاً ولم يلحقوه بأحدها ويطبقون عليه أحكامه ، والكلام في ذلك مبسوط في مواضع من مؤلفات المذهب الحنفي وبهذا القول الجامع أخذت مجلة الأحكام العدلية حتى جاء قانوننا المدني سنة ١٩٤٩ م فمنع بيع الوفاء استغناءً بأحكام الرهن الحيازي ، والتاريخ اليوم يعيد نفسه فتجدد لدينا مشكلة نظير مشكلة بيع الوفاء هي مشكلة عقد التأمين ، فبعض العلماء يراه عقد مقامرة وبعض آخر يراه عقد رهان يتحدى فيه قضاء الله وقدره وبعض آخر يراه التزام مالا يلزم وآخرون يرونه عقد تعاون مشروع على ترميم المضار وتحمل مصائب الأقدار فهو نظام معاوضة تعاونية ، وإن انحرف به ممارسوه وأحاطوه بشوائب ليست من ضرورة نظامه ، وواضح أنني لا أعني تشبيه عقد بيع الوفاء بعقد التأمين من حيث الموضوع ، وإنما أعني أن بيع الوفاء شاهد واقعي في تاريخ الفقه الإسلامي على جواز إنشاء عقود جديدة ، وأنه اعتراه في أول نشأته ما اعترى اليوم عقد التأمين من اختلاف في تخريجه وتكييفه وإلحاقه ببعض العقود المعروفة قبلاً وتطبيق شرائطه عليه أو اعتباره عقداً جديداً مستقلاً يقرر له من الأحكام الفقهية ما يتناسب مع خصائصه وموضوعه^(١) .

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٣٨٧ وما بعدها .

وقد أجاب الأستاذ أبو زهرة عن ذلك فقال : قد قرر أن الأصل في العقود عند الحنابلة وخصوصا ابن تيمية الإباحة حتى يقوم دليل على المنع ، ونقول إن موضوع الكلام كان في الشرط لا في أصل العقود ولقد أجاب عن ذلك الأستاذ بأن المشارطات قد تؤدي إلى تغيير معنى العقد وأن الاختلاف في العقود هو ذات الاختلاف في الشروط ، ونقول إن المذكور في كتاب العقود لابن تيمية هو في الشرط ، وجميعه للعقود إنما هو من أن الشروط بطبيعتها تغير مقتضى العقد فهي تتضمن تغييراً في ماهيته من بعض النواحي ، وإذا كان الأمر كذلك فإن عقد التأمين عقد جديد فهل يباح بمقتضى هذه القاعدة ، وقد نسأير الأستاذ الجليل ولا نمنع الإباحة مادام العقد متفقاً مع ما قرره الشارع من أحكام للعقود وليس مجافيا لها فالعبرة في هذا العقد من ناحية لا من حيث أنه عقد جديد يجوز ، بل من ناحية ما اشتمل عليه ، أيتفق مع أحكام الشريعة أم يخالفها .

وبالنسبة لبيع الوفاء قلنا إن هذا العقد معناه أن يبيع شخص عيناً على أن له استردادها إذا رد الثمن في مدة معلومة ، وفي غالب أحوال هذا العقد تكون العين ذات غلة ، فتكون غلتها للمشتري ويكون مؤدى العقد أن يكون قد اقترض البائع مبلغاً فائدته هي غلة العين وإذا لم تكن لها غلة فإن الربا ينتفي عنه وإن كان ينذر ذلك .

وإن هذا العقد قد شاع في بلاد ما وراء النهر ، وصارت القروض لا تكون إلاّ على أساسه وللناس حاجة فيها فصارت الحاجة تطلبه والحاجات إذا عمت نزلت منزلة الضرورات ولذلك نقل ابن نجيم صحته والذين قالوا بصحته اختلفوا : أخرج على أنه رهن أم يخرج على أنه بيع فيه شرط الخيار للبائع أو المشتري وعلى الأول لا تباح الغلة وعلى الثاني

لا تنتقل الملكية إلى المشتري لأنه إذا كان الخيار للبائع تستمر ملكيته للمبيع بمقتضى أحكام المذهب الحنفي وتنتقل الملكية للمشتري مع حق الفسخ إذا كان الخيار له .

والكثيرون من الفقهاء لا يبيحونه ، ولسنا ندري لماذا يستشهد الأستاذ بعقد تحيط به الشبهات ، على هذا النحو ، وعلى فرض إباحته فقد أدخل في عقد قائم إما الرهن وإما البيع فلا يكون جديداً وقد كتب الأستاذ رداً ولم يجيء بالنسبة لبيع الوفاء بجديد غير أنه نقل نصوص الفقهاء فيه ونحن مسلمون بها ابتداء^(١) .

وعقب على ذلك الأستاذ مصطفى الزرقا فقال : قال الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة « إن الخلاف بين الظاهرية وغيرهم في مشروعية التعاقد إنما هو في الشروط التي يشرطها العاقد في العقد لا في إنشاء عقود جديدة ، فالظاهرية يتطلبون في إباحة الشرط نصاً شرعياً وسواهم يطلب دليلاً مطلقاً من نص أو سواه ، وإن الحنابلة جعلوها مباحاً في الزواج ، وابن تيمية أباحه مطلقاً .. » الخ .

وجوابي على هذه الملاحظة إن الخلاف في جواز المشاركات العقدية التي لم يرد فيها نص شرعي إذا توافر فيها المعيار الشرعي في الشروط هو نفسه الخلاف في جواز إنشاء عقود جديدة لم يرد فيها نص شرعي وهو مشمول بقاعدة « الأصل في الأشياء الإباحة » والخلاف الذي فيها ، وذلك لأن الشرط جزء من العقد الواقع فيه . فما يقال في الشروط الجديدة التي لم يرد فيها نص شرعي من حيث الجواز وعدمه يقال في العقود الجديدة التي ليس فيها نص وأستاذنا المفضل أبو زهرة نفسه يقرر هذا في كتبه وهو أمر مفروغ منه . أهـ .

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٥١٥ .

وقال الأستاذ الجليل أبو زهرة بمناسبة ذكرى بيع الوفاء شاهداً من الواقع التاريخي في الفقه الإسلامي على جواز عقود جديدة غير العقود المعروفة قبلاً قال - رحمه الله - إن بيع الوفاء قد أباحه الحنفية على أساس أنه عقد من العقود المعروفة ، وهو يرى أنه ليس عقداً جديداً بل هو بيع ربوي اخترعه أكلة الربا ، ولا يجوز أن يباح للضرورة ، وجوابي على هذه الملاحظة أن ما بينه الأستاذ أبو زهرة هو صحيح بالنسبة إلى بداية ظهور بيع الوفاء في القرن الخامس الهجري حيث إن فقهاء العصر إذ ذاك اختلفوا في تخريجه والحكم فيه على أساس إلحاقه بأحد العقود المعروفة فمنهم من ألحقه بالبيع الصحيح واعتبر شرط الوفاء والإعادة فيه لغوا ، ومنهم من ألحقه بالبيع الفاسد ، ومنهم من ألحقه بالرهن وهم الأكثر ، ولكن المتأخرين من الفقهاء بعد ذلك ضربوا بكل هذه التخريجات عرض الحائط لعدم انطباقها على حقيقة بيع الوفاء وطبيعته العرفية وقصد المتعاقدين فيه ، وخرجوا فيه برأي جديد سمي « القول الجامع » ورجح بعلامة الفتوى وخلاصته : أنه عقد جديد لا يشبه أي عقد آخر من العقود المعروفة ، وأثبتوا له حكماً مركباً من بعض أحكام البيع الصحيح وبعض أحكام البيع الفاسد وبعض أحكام الرهن وصححوه على هذا الأساس إذا استوفى شرائط الانعقاد العامة ، كما أوضحته في المحاضرة ، وهذا مقرر في الدر المختار ورد المحتار وتنقيح الفتاوى الحامدية للعلامة ابن عابدين وغيرها من كتب المتأخرين وأخذت به المجلة في المادة - ١١٨ - وبنت عليه أحكام بيع الوفاء في الفصل الذي عقده له وأوضحه شراحها .

وأما كونه حيلة اخترعها أكلة الربا كما يقول الأستاذ أبو زهرة فهذا أمر آخر ، وإنني لم أبحث فيما ينبغي أن يحكم به على بيع الوفاء في نظري

من الجواز وعدمه فقد أكون متفقاً مع الأستاذ أبي زهرة في رأيه فيه ولكنني أستشهد به شاهداً واقعياً على إقرار فقهاء السابقين له بصفة أنه عقد جديد وليس صورة من عقد سابق معروف فتكون قضية جواز إنشاء عقود جديدة غير الأنواع المعروفة في العصر الفقهي الأول قد وقعت فعلاً ولم تبق في الحيز النظري فقط .

وتكون النتيجة بالنسبة إلى موضوعنا هي : إن كون التأمين عقداً جديداً خارجاً عن نطاق العقود القديمة ليس بمانع من جوازه شرعاً إذا لم يكن فيه ما يخالف الشرائط الشرعية العامة في نظام التعاقد^(١) .

م - الاستدلال على جوازه بالعرف .

نذكر فيما يلي ما تيسر من كلام بعض العلماء السابقين في معنى العرف وأقسامه ، ومستند اعتباره ، ورجوع كثير من المسائل إلى العادة والعرف وشروط اعتباره وحكمه عند معارضته للشرع وكيفية أعماله ، وهل هو دليل مستقل أو لا . ثم نذكر وجه استدلال بعض الفقهاء المعاصرين به على جواز التأمين ومناقشته هذا التوجيه .

١ - قال أحمد بن فارس بن زكريا : « عرف » العين والراء والفاء أصلان صحيحان ، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض ، والآخر على السكون والطمأنينة .

فالأول العرف : عرف الفرس ، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه . ويقال : جاءت القطا عرفاً عرفاً ، أي بعضها خلف بعض والأصل الآخر المعرفة والعرفان . تقول : عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة ، وهذا أمر معروف ، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه ، لأنه من أنكر

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٥٣٩ - ٥٤١ .

شيئا توحش منه ونبا عنه والعرف والمعروف ، وسمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه^(١)

وقال ابن عابدين : قال في الأشباه وذكر الهندي في شرح المغني : العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة وهي أنواع ثلاثة العرفية العامة كوضع القدم^(٢) . والعرفية الخاصة كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقض للنظار ، والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية . انتهى .

وفي شرح الأشباه للبيري عن المستصفي العادة ، والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . أه . وفي شرح التحرير : العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية . أه .

قلت بيانه إن العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المقاصد وإن اختلفا من حيث المفهوم^(٣) .

٢ - وقال ابن عابدين - مبينا أقسام العرف - ثم العرف عملي وقولي فالأول كتعارف قوم أكل البر ولحم الضأن ، والثاني كتعارفهم إطلاق

(١) معجم مقاييس اللغة ٢٨١/٤ .

(٢) قال في الهامش « قوله كوضع القدم » أي إذا قال : والله لا أضع قدمي في دار فلان فهو في العرف العام بمعنى الدخول فيحدث سواء دخلها ماشيا أو راكبا ولو وضع قدمه في الدار بلا دخول لم يحدث .

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين ١١٤/٢ .

لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره ، والثاني مخصص للعام اتفاقا كالدرهم تطلق ويراد بها النقد الغالب في البلدة ، والأول مخصص أيضا عند الحنفية دون الشافعية فإذا قال اشتر لي طعاماً أو لحماً انصرف إلى البر ولحم الضأن عملاً بالعرف العملي كما أفاده التحرير^(١) .

٣ - وقال ابن عابدين - مستدلاً على اعتبار العرف - واعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف ﴾^(٢) وقال في الأشباه القاعدة السادسة العادة محكمة وأصلها قوله ﷺ : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » قال العلائي لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه أخرجه الإمام أحمد في مسنده^(٣) .

٤ - وقال ابن عابدين - مبيناً رجوع كثير من المسائل إلى العادة والعرف - واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة هكذا ذكر فخر الإسلام . انتهى كلام الأشباه وفي شرح الأشباه للبيري قال في المشرع : الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، وفي المبسوط : الثابت بالعرف كالثابت بالنص^(٤) .

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين ١١٤/٢ - ١١٥ .

(٢) سورة الأعراف الآية ١٩٩ .

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين ١١٥/٢ والأشباه والنظائر للسيوطي ٨٠/ والفروق للقرافي

١٤٩/٣ .

(٤) مجموعة رسائل ابن عابدين ١١٥/٢ .

وقال ابن القيم في إعمال العرف في كثير من المسائل :

وقد أجرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع منها نقد البلد في المعاملات ، وتقديم الطعام إلى الضيف ، وجواز تناول السير مما يسقط من الناس من مأكول وغيره ، والشرب من خوابي السيل ومصانعه في الطرق ، ودخول الحمام وإن لم يعقد عقد الإجارة مع الحمامي لفظا ، وضرب الدابة المستأجرة إذا حرت في السير وإيداعها في الخان إذا قدم بلدة أو ذهب في حاجة ودفع الوديعة إلى من جرت العادة بدفعها إليه من امرأة أو خادم أو ولد . وتوكيل الوكيل لما لا يباشره مثله بنفسه ، وجواز التخلي في دار من أذن له بالدخول إلى داره ، والشرب من مائه والإتكاء على الوسادة المنصوبة ، وأكل الثمرة الساقطة من الغصن الذي على الطريق ، وإذن المستأجر للدار لمن شاء من أصحابه أو أضيافه في الدخول والمبيت والثوى عنده والإنتفاع بالدار وإن لم يتضمنهم عقد الإجارة لفظا اعتمادا على الإذن العرفي ، وغسل القميص الذي استأجره للبس مدة يحتاج فيها إلى الغسل ، ولو وكل غائبا أو حاضرا في بيع شيء والعرف قبض ثمنه ملك ذلك ، ولو اجتاز بحرث غيره في الطريق ودعته الحاجة إلى التخلي فيه فله ذلك إن لم يجد موضعا سواه إما لضيق الطريق أو لتتابع المارين فيها ، فكيف بالصلاة فيه والتيمم بترابه ؟ ومنها لو رأى شاة غيره تموت فذبحها حفظا لماليتها عليه كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعا ، وإن كان من جامدي الفقهاء من يمنع من ذلك ويقول : هذا تصرف في ملك الغير ، ولم يعلم هذا اليأس أن التصرف في ملك الغير إنما حرمه الله لما فيه من الأضرار به وترك التصرف ههنا هو الإضرار .

ومنها لو استأجر غلاما فوقعت الأكلة في طرفه فتيقن أنه إن لم

يقطعه سرت إلى نفسه فمات جاز له قطعه ولا ضمان عليه ، ومنها لو رأى السيل يمر بدار جاره فبادر ونقب حائطه وأخرج متاعه فحفظه عليه جاز ذلك ، ولم يضمن نقب الحائط ، ومنها لو قصد العدو مال جاره فهدم جانباً منها على النار لئلا تسري إلى بقيتها لم يضمن ، ومنها لو باعه صبرة عظيمة أو حطباً أو حجارة ونحو ذلك جاز له أن يدخل ملكه من الدواب والرجال ما ينقلها به ، وإن لم يأذن له في ذلك لفظاً ، ومنها لو جذ ثماره أو حصد زرعه ثم بقي من ذلك ما يرغب عنه عادة جاز لغيره التقاطه وأخذه وإن لم يأذن فيه لفظاً .

ومنها لو وجد هدياً مشعراً منحوراً ليس عنده أحد جاز له أن يقتطع منه ويأكل منه ومنها لو أتى إلى دار رجل جاز له طرق حلقة الباب عليه ، وإن كان تصرف في بابه لم يأذن له فيه لفظاً ومنها الاستناد إلى جواره والاستغلال به . ومنها الاستمداد من محبرته ، وقد أنكر الإمام أحمد على من استأذنه في ذلك . وهذا أكثر من أن يحصر ، وعليه يخرج حديث عروة بن الجعد البارقى حيث أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري له به شاة ، فاشتري شاتين بدينار فباع إحداهما بدينار ، وجاء بالدينار والشاة الأخرى^(١) ، فباع وقبض بغير إذن لفظي اعتماداً منه على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع ، ولا إشكال بحمد الله في هذا الحديث بوجه عام ، وإنما الإشكال في استشكله ، فإنه جار على محض القواعد كما عرفته^(٢) .

٥ - لقد اشترط العلماء رحمهم الله شروطاً لاعتبار العرف نذكرها فيما يلي :

(١) أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد والدارقطني .

(٢) إعلام الموقعين ٢/٣٩٣ - ٣٩٤ .

الشرط الأول - أن يكون العرف مطردا أو غالبا . قال السيوطي : إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا^(١) .

الشرط الثاني - أن يكون العرف عاما في جميع بلاد الإسلام قال ابن نجيم : هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو كان خاصا المذهب الأول . قال في البزازية معزيا إلى الإمام البخاري الذي ختم به الفقه . الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص وقيل يثبت . وذكر مجموعة أمثلة^(٢) .

الشرط الثالث - أن لا يكون العرف مخالفا لأدلة الشرع وقد مضى بيانه عن السيوطي في تعارض العرف والشرع .

الشرط الرابع - أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجودا وقت إنشائه بأن يكون حدوث العرف سابقا وقت التصرف ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه سواء أكان التصرف قولاً أو فعلاً . قال السيوطي : العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر .

قال الرافعي : العادة الغالبة تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج في النفقة غالبا ، ولا يؤثر في التعليق والإقرار بل يبقى اللفظ على عمومته فيها أما في التعليق فلقللة وقوعه وأما في الإقرار فلأنه إخبار عن وجوب سابق وربما تقدم الوجوب على العرف الغالب فلو أقر بدراهم وفسرها بغير سكة البلد قبل - ثم ذكر طائفة من الأمثلة^(٣) .

الشرط الخامس - وهو أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٣ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٠٢ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٧/ .

كما إذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الحلول ، قال العز بن عبد السلام : كل ما يثبت العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه ، بما يوافق مقصود العقد صح^(١) .

٦ - وقال السيوطي - في حكم العرف عند معارضته للشرع - « فصل » في تعارض العرف مع الشرع . هو نوعان : أحدهما أن لا يتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بالسّمك وإن سماها الله لحما - ثم ذكر جملة أمثلة وقال : فيقدم عرف الاستعمال على الشرع في جميع ذلك لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف . والثاني أن يتعلق به حكم فيتقدم على عرف الاستعمال فلو حلف لا يصلي لا يحنث إلاّ بذات الركوع والسجود - ثم ذكر جملة أمثلة وقال : ولو كان اللفظ يقتضي العموم والشرع يقتضي التخصيص اعتبر خصوصي الشرع في الأصح فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بالميتة إلى آخر الأمثلة^(٢) .

٧ - وقال السيوطي في كيفية إعمال العرف - قال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف ومثله بالحز في السرة - وذكر كثيرا من الأمثلة^(٣) .

٨ - بقي أن يقال هل العرف دليل شرعي مستقل أو لا ؟ .

قال عبد الوهاب بن خلاف : وبالنظر الدقيق في العرف وأمثله وما قال الأصوليون والفقهاء فيه يتبين أن العرف ليس دليلا مستقلا يشرع الحكم في الواقعة بناء عليه وإنما هو دليل يتوصل به إلى فهم المراد

(١) القواعد الكبرى ١٧٨/٢ .

(٢) الأشباه والنظائر ٨٣ - ٨٤ .

(٣) الأشباه والنظائر ٨٨ - ٩٠ .

من عبارات النصوص ومن ألفاظ المتعاملين وإلى تخصيص العام منها وتقييد المطلق ، ويستند إليه في تصديق قول أحد المتداعيين إذا لم توجد لأحدهما بيئة وفي رفض سماع بعض الدعاوي التي يكذبها العرف . وفي اعتبار الشرط الذي جرى به العرف وفي الترخيص بمحظور دعت إليه ضرورة الناس وجرى به عرفهم ، وفي أمثال هذا مما يجعل اجتهاد المجتهد أو قضاء القاضي ملائما حال البيئة ومتفقا وإلف الناس ومصالحهم . قال شهاب الدين القرافي في قواعده : إذا جاءك رجل من غير إقليمتك لا تجره على عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات أيا كانت إضلال في الدين وجهل بمقاصد المسلمين والسلف الماضين^(١) .

وأما كلام الفقهاء المعاصرين فقالوا كثر التعامل في التأمين وتعارف عليه الناس والعرف مصدر شرعي فيكون التأمين جائزا بناء على قاعدة العرف .

وقد أجاب أبو زهرة عن الاستدلال بالعرف فقال : أهذا العقد وهو التأمين غير التعاوني قد صار الآن عرفا عاما أو خاصا ؟ إننا لو أحصينا عدد المستأمنين بهذا النوع من التأمين نجد نسبتهم بالنسبة لعموم الشعب الإسلامي نسبة ضئيلة جدا لا تسوغ لنا أن نعتبرهم موجدين لعرف . ثم إن هذا العرف المدعى يصادم أمورا مستنبطة من النصوص وقد وضعنا هذه الأمور ، وإذا قيل إنها شبهات ، نقول قد تكاثفت وكثرت حتى صرنا نحكم معها بأن هذا النوع من العقد لا يتلاءم مع مقاصد

(١) مصادر التشريع فيما لا نص فيه ١٢٦ .

الشارع ولا مع ما قرره الفقهاء بل نقول إنها تصادم نصا وهو نص الربا فالربا يحيط بها من كل ناحية^(١).

ن - الاستدلال على الجواز بتحقيق الضرورة إليه :

نذكر فيما يلي كلام بعض الفقهاء السابقين في تعريف الضرورة ، ونتبعه ببيان بعض الفقهاء المعاصرين لوجه الاستدلال به .

أما كلام الفقهاء السابقين فقال الجصاص في معرض كلامه على حكم الأكل من الميتة للمضطر . الضرورة هي خوف الضرر بترك الأكل إما على نفسه أو عضو من أعضائه فمتى أكل بمقدار ما يزول عنه الخوف من الضرر في الحال فقد زالت الضرورة^(٢).

وقال الزركشي والسيوطي هي - أي الضرورة - بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا مات أو تلف منه عضو^(٣).

وقال ابن قدامة في كلامه على حكم الأكل من الميتة للمضطر : الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل^(٤).

وأما كلام الفقهاء المعاصرين في الاستدلال بالضرورة على جواز التأمين فقد بينه الأستاذ عبد الرحمن عيسى بقوله : دين الإسلام مبني على أساس اليسر ورفع الحرج والعسر قال الله تعالى : ﴿ يريد الله بكم

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ٥٢٣ .

(٢) أحكام القرآن ١/١٥١ .

(٣) قواعد الزركشي « المشور في ترتيب القواعد الفقهية » مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق -

٨٥٤٣ -

(٤) المغني ٨/٥٩٥ .

اليسر ولا يريد بكم العسر»^(١) وقال تعالى : ﴿وجاهدوا في الله حق جهاده هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(٢) .

وقد بنى العلماء على ذلك قواعد منها « إذا ضاق الأمر اتسع » و « المشقة تجلب التيسير » و « الضرورات تبيح المحظورات » و « ما حرم لذاته يباح للضرورة » و « ما حرم لسد الذريعة يباح للحاجة » . وقد ناط الفقهاء معرفة المشقة التي تجلب التيسير بالعرف فالرجوع إليه فيما شق على الناس ومالا يشق عليهم أمر لا بد منه .

وقد تبين في التأمين أن حاجة الناس إليه قد اشتدت وعظمت ، وأنه يشق عليهم جداً ألا يمارسوا عمليات التأمين ليدفعوا بها الكوارث الفادحة التي تقضي على الثروات وتخرّب الديار وإن الاقتصاد الصحيح يحتم على ذوي المتاجر أو المصانع الكبيرة ممارسة عمليات التأمين حفاظاً على أموالهم ودفاعاً لما قد ينزل بهم من خسائر تبدد ثرواتهم وتخرّب العامر من بيوتهم ، كل هذا يحققونه بالتأمين لدى شركات التأمين في مقابلة ما يدفعون لهذه الشركات من مال يتضاءل بجانب ما يجنون من ثمرات مع اطمئنان قلوبهم واستقرارها من جهة المحافظة على ثرواتهم وقال أيضاً : بالنسبة للتأمين ضد الأخطار الشخصية في الصناعات والمهن الخطيرة . قال : كذلك يمكن أن يثبت لهذا التأمين الجواز من ناحية أن الإسلام مبني على أساس اليسر ورفع الحرج والعسر لأن التأمين ضد الأخطار الشخصية في الصناعات والمهن الخطيرة قد اشتدت إليه الحاجة وعظمت لما يدرأ من الكوارث وما يخففه منها عن رجال الصناعات والأعمال في المصانع الكبيرة لهذا يشق على الناس في هذه الصناعات والمهن الخطيرة

(١) سورة البقرة الآية ١٨٥ .

(٢) سورة الحج الآية ٧٨ .

أن تمنعه من ممارسة هذا النوع من التأمين الذي تطمئن به أفئدتهم وتستقر قلوبهم على أنفسهم كلا وبعضا حتى يؤديوا أعمالهم فيكون جائزاً شرعاً دفعا للحرص والعسر . انتهى المقصود^(١) .

وقال أيضا : أما التأمين ضد الأخطار الشخصية سواء كان تأميناً على الحياة أو على أي جزء من أجزاء الجسم في غير الصناعات والمهن الخطيرة فينظر فيه :

فإن كان من نوع التأمين المختلط وهو الذي يجمع بين التأمين والإدخار كان جائزاً شرعاً لأن فيه تشجيعاً على الإدخار فهو يحقق الصالح العام من الناحية الاقتصادية بشرط أن يتفق طالب التأمين مع الشركة على عدم استغلال أقساط تأمينه في الربا والكسب الحرام ، حتى تبرأ ذمة المؤمن له من هذه الناحية التي قد تستوجب الحرمة بطريق التسبب

أما التأمين ضد الأخطار الشخصية في غير الصناعات والمهن الخطيرة إذا كان تأميناً عادياً فإنه لا يجوز شرعاً لأنه لا يحقق صالحاً عاماً ولا يترتب على تركه مشقة يقرر العرف أنها لا تتحمل كما أنه لا تدعو إليه حاجة تتصل بالمصالح العامة^(٢) .

وقد أجاب عن ذلك الأستاذ الصديق محمد الأمين الضيرير بقوله « والواقع أن الضرورة بالمعنى الذي يقصده الفقهاء لا تتحقق بالنسبة لعقد التأمين ، ولكن مما لاشك فيه أن الناس سيقعون في حرج لو منعنا عقد التأمين بالكلية بعد أن ألفوه وتغلغل في جميع نواحي حياتهم ،

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٤٧٦ وما بعدها .

(٢) أسبوع الفقه الإسلامي / ٤٧٨ .

فالتأمين وإن لم يكن من ضروريات الناس إلا أنه من حاجياتهم التي يترتب على فقدانها الضيق والمشقة وقد أبيحت كثير من المعاملات التي يقتضي القياس منعها لأن حاجة الناس تدعو إليها . ورغم كل هذا فإني لا أرى إباحة عقد التأمين بوضعه الحالي لأنه لا يصح أن نلجأ إلى استخدام الضرورة أو الحاجة إلا إذا لم نجد سبيلا غيرها ^(١) .

وقد أجاب الأستاذ أبو زهرة - رحمه الله - عن ذلك فقال : ونحن نقر بهذه الوقائع لأننا لا نحاول إنكار الواقع ولكن لكي نحكم بأن التأمين غير التعاوني أمر ضروري لا بد أن نفرض أنه لا يمكن أن يوجد تأمين سواه لأن الضرورة لا تكون إلا حيث تستغلق الأمور ويتعين المحرم سبيلا للإيقاظ فهذا الذي يبلغ به الجوع أقصاه ولا يجد إلا الخنزير يأكله فإنه يباح له أكله ولكن إن وجد طعاما آخر ولكنه دون الخنزير اشتاء مع أنه طيب حلال لا يعد في حال ضرورة .

والأمر هنا كذلك فإن التأمين الاجتماعي فتح الأبواب وإن لم يكن قائما أقمناه وإن كان ضيقا وسعناه وإذا كان الأفق محدوداً وضعنا بين أيدي المفكرين أوسع الآفاق . ويعجبني أن قائدي السيارات في الخرطوم عندما فرض عليهم نظام التأمين كونوا من بينهم جماعة تعاونية تكون هي المؤمنة فيكونون جميعا مستأمنين ومؤمنين حفظ الله لهم إيمانهم وبارك لهم في رزقهم فهلا دعونا العالم الإسلامي إلى إيجاد نظام تعاوني بدل هذا النظام غير التعاوني الذي لا تزال مصرين على أنه بدعة يهودية . إنه لا يصح لنا دينا أن نترك أمراً بيننا نيراً ضاحياً ، ونسير على أمر إن لم يكن حراما فهو مشتببه فيه فإن النبي ﷺ قال : (دع ما يريك

(١) أسبوع الفقه الإسلامي / ٤٦٤ .

إلى مالا يريك^(١) ويقول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه «دعوا الربا والريبة»^(٢).

ومن القائلين بجواز التأمين مطلقا الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، إلا أنه لا يرى الاستدلال على جوازه بما استدل به غيره من قياسه على بعض العقود المعروفة ، وإنما يراه عقداً مستحدثاً قائماً بذاته ، ونظراً لذلك أوردنا رأيه بدليله بعد كلام المانعين وكلام المجيزين ، وفيما يلي ما برر به رأيه .

الوقوف عند أحد جانبي عقد التأمين وهو جانب العلاقة ما بين المؤمن والمؤمن له بالذات ، دون مجاوزة ذلك إلى الجانب الآخر وهو جانب العلاقة ما بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم حيث لا يكون المؤمن إلا وسيطاً بينهم ينظم تعاونهم جميعاً على مواجهة الخسارة التي تتيح بالقليل منهم ، هو الذي دفع بكثير ممن تصدوا للإفتاء في مشروعية التأمين في الفقه الإسلامي إلى القول بعدم مشروعيتها . وتكون فتواهم في هذه الحالة صحيحة ، لأنه إذا نظر إلى عقد التأمين من جهة العلاقة ما بين المؤمن والمؤمن له بالذات ، ومن جهة هذه العلاقة وحدها ، لم يعد عقد التأمين أن يكون عقد مقامرة أو رهان كما قدمنا ، ويكون غير مشروع ، لا فحسب في الفقه الإسلامي ، بل أيضاً في القانون المصري وفي جميع القوانين التي تحرم المقامرة والرهان . ولكن الجانب الآخر من

(١) أخرجه أحمد والترمذي والنسائي وابن حبان في صحيحه والحاكم عن الحسن بن علي . وأحمد أيضاً عن أنس مرفوعاً وموقوفاً . والطبراني عن ابن عمر . صححه الترمذي وأبو الجوزاء السعدي . وهو قطعة من حديث طويل ذكر فيه قنوت الوتر .

(٢) أسبوع الفقه الإسلامي / ٥٢٤ وأثر عمر ذكره الحافظ ابن رجب في جامع العلوم والحكم ص ٩٤ .

عقد التأمين وهو الجانب الذي يجب الوقوف عنده لأنه هو الذي يؤصل التأمين ويحدد طبيعته ويبرز التأمين في ثوبه الحقيقي ، ويبين أنه ليس إلا تعاوناً منظماً تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر واحد ، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم تعاون الجميع على مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها أضراراً جسيمة تحقيقاً بمن نزل الخطر به منهم لولا هذا التعاون . وشركة التأمين ليست في الواقع من الأمر إلا الوسيط الذي ينظم هذا التعاون على أسس فنية صحيحة ، وهي أسس معقدة في أشد الحاجة إلى جهود شركات ضخمة ، وسنعرض لها فيما يلي : فالتأمين إذن هو تعاون محمود ، تعاون على البر والتقوى : يبرّ به المتعاونون بعضهم بعضاً ، ويتقون به جميعاً شر المخاطر التي تهددهم . فكيف يجوز القول بأنه غير مشروع ؟

وقد كثرت الفتاوى الشرعية في التأمين ، بعضها يحلله وبعضها يجرمه ، ومن الفتاوى البارزة في تحليله فتوى الأستاذ الإمام محمد عبده في شأن التأمين على الحياة - ثم ذكر فتوى الشيخ محمد عبده وأشار إلى أقوال الأستاذ الزرقا ومناقشة أبي زهرة له وقول بهرام محمد عطاالله وأحمد السنوسي وعيسوي أحمد عيسوي ثم ذكر رأي المانعين أمثال الشيخ ابن عابدين والشيخ محمد بخيت والشيخ أحمد قراعة والشيخ ابن زهرة والأستاذ أحمد إبراهيم . ثم قال بعد ذلك :

وفيما قدمناه من هذه الآراء المختلفة نقف عند المسائل الآتية :
(أ) لا تصح التفرقة بين التأمين الاجتماعي والتأمين الفردي ، فكلاهما يقوم على أساس واحد ولا يختلفان إلا في أن الدولة في التأمين الاجتماعي هي التي تقوم بدور المؤمن . فمن قال بجواز التأمين الاجتماعي وجب أن يقول بجواز التأمين الفردي .

(ب) لا يجوز قياس عقد التأمين على عقود أو نظم معروفة في الفقه الإسلامي ، فهو لا يشبه عقد المضاربة في شيء ، ولا هو كفالة ، ولا هو وديعة بأجر ، ولا عقد موالاة ، ولا يدخل في ضمان خطر الطريق ، ولا في الوعد الملزم ، ولا في نظام العواقل إلى آخر ما جاء في التشبيهات .

(ج) وإنما التأمين عقد جديد له مقومات وخصائصه ، وهو ليس بين العقود أو النظم التي عرفها الفقه الإسلامي . ويأخذ عليه المحرمون له أنه مقامرة ، وفيه غرر ، وينطوي على الربا .

(د) أما أن فيه مقامرة ، فقد بينا أن عقد التأمين بعيد كل البعد عنها . فهو من الناحية الفنية الاقتصادية ليس بمقامرة ، لا بالنسبة إلى المؤمن فهو يأخذ الأقساط من المؤمن له ثم يعيد توزيعها عليهم ولا يعرض نفسه لاحتمال الخسارة أو المكسب بأكثر مما يعرض نفسه أي شخص آخر في تجارة مشروعة ، ولا بالنسبة إلى المؤمن له إذ هو لا يقامر معتمداً على الحظ والمصادفة بل على العكس من ذلك تماماً يقصد أن يتوقى شر الحظ والمصادفة ويتعاون مع غيره من المؤمن له على توزيع أضرار ما يبيته الحظ والمصادفة لهم جميعاً ، ولا يجوز أن نسمي التعاون مقامرة ..

(هـ) وأما الغرر ، فقد بينا في كتابنا «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» أن هناك تطوراً ملحوظاً في الفقه الإسلامي ، في هذه المسألة ، وأن أكثر المذاهب تطورا فيها هو مذهب مالك .

فقد بين ابن رشد في عبارة جلية الأصل عند مالك في ذلك فقال :
(والأصل عنده أن من الغرر يجوز لموضع الضرورة) « مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٣ ص (٣٢ - ٣٣) .

(و) وأما الربا ، فهذه مسألة لا تقتصر على عقد التأمين ، بل تتناول ضروبا كثيرة التعامل ، وقد بحثناها بحثا مفصلا ، وميزنا بين ربا الجاهلية من جهة وبين ربا النسيئة وربي الفضل من جهة أخرى ، فالأول غير جائز إلا للضرورة ، والثاني غير جائز أيضا إلا للحاجة . فإذا قامت الحاجة في نظام اقتصادي معين إلى دفع فوائد معتدلة على رؤوس الأموال ، كان هذا جائزا ما دامت الحاجة قائمة ، وإلا عاد الأمر إلى أصله من عدم الجواز (انظر تفصيل ذلك في مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ص ١٩٦ - ٢٧٧) .

(ز) بقي أن يقال أن عقد التأمين لا يدخل في العقود المعروفة في الفقه الإسلامي وليس له نظير فيها ، وقد وردت هذه العقود على سبيل الحصر ، فأبي عقد جديد لا يستند إليها يكون غير جائز . وقد سبق لنا أيضا أن بحثنا هذه المسألة ، وقلنا في صدها ما يأتي : « هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل الحصر ؟ . يبدو لأول وهلة أنها كذلك . ففي كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد ، بل نجد على النقيض من ذلك عقودا مسماة تأتي عقدا بعد عقد على ترتيب غير منطقي ، ويختلف هذا الترتيب في كتاب عنه في كتاب آخر ، حتى ليظن الباحث أن الفقه الإسلامي لا يعرف إلا هذه العقود المسماة ، وأن أي اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعا . ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامي نظرة سطحية ، فإن الباحث يلح من خلال الأحكام التي يقررها الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة إنهم يسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد ،

يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت فيه . بل ويلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة ، هي إن المسلمين عند شروطهم ، وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقررها الفقه الإسلامي يكون عقدا مشروعاً . ويكفي أن نشير إلى ما جاء في البدائع في هذا الصدد : « وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : (المسلمون عند شروطهم)^(١) . فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل ، لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه ، وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به .. وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه ، (البدائع جزء ٥ ص ٢٥٩) . ومن ثم فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة ، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنه فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقها كانت عقوداً مشروعة (مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف الجزء الأول ص ٨٠ - ٨٣) ويؤخذ من ذلك أن عقد التأمين لا يجوز القول بعدم مشروعيتها من ناحية أنه عقد جديد غير معروف في الفقه الإسلامي وإنما قد يتوهم أن يتسرب إليه عدم المشروعية من ناحية الربا أو من ناحية الغرر ، وقد سبق أن نفينا عنه كلا من الناحيتين . أهـ^(٢) .

الرأي الثالث :

رأى بعض العلماء المعاصرين التفصيل بين أنواع التأمين في الحكم

(١) أخرجه أبو داود وأحمد والدارقطني عن أبي هريرة والحاكم وصححه . والدارقطني والحاكم عن عمرو بن عوف المزني . والحاكم عن أنس والطبراني عن رافع بن خديج والبخاري عن ابن عمر .

(٢) حاشية على جـ من الوسيط ص ١٠٨٧ - ١٠٩٠ .

فحرم التأمين على الحياة أو بعض أعضاء الجسم كالخنجرة أو الأصابع ، واستدل على ذلك ببعض ما استدل به المانعون للتأمين التجاري مطلقاً من كونه قماراً ، ونوعاً من بيوع الغرر ، ومتضمناً بيع دراهم بدراهم مثلاً نسيئة مع التفاضل ، وأباح التأمين على السيارات من الحوادث التي تصاب بها وما تصيب به غيرها من الأضرار في النفوس والأموال ، واستدل على ذلك ببعض ما استدل به المحيزون للتأمين التجاري مطلقاً من كونه من باب التعاون والوفاء بالعقود ، وقد أمر الله بذلك ، وكون الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم دليل على المنع ، ولم ينهض دليل على منع عقود التأمين وقاسه على ضمان السوق وضمنان المجهود ، ومن كونه مصلحة ولشدة حاجة الناس إليه ، وناقش كل أدلة مخالفه بما ناقش كل من الفريقين السابقين مخالفه فلذا اكتفت اللجنة بما تقدم من استدلال الفريقين ، ومناقشتها خشية الإطالة بما لا جدوى فيه .

وسلك جماعة في التفصيل طريقاً أخرى هي الفرق بين ما كان من عقود التأمين خالياً من الربا فيجوز ، وما كان منها مشتملاً على الربا إلا إذا دعت الضرورة إليه فيرخص فيه مؤقتاً حتى تتاح الفرصة للتخلص مما فيه الربا ، وقد تقدم استدلال المانعين وجه اشتغال عقود التأمين على الربا ، ومناقشة المحيزين لذلك فلا نطيل بذكره خشية التكرار .

وتردد بعض العلماء المعاصرين في الحكم على التأمين التجاري بحل وبجرمة ورأى أن هذه المسألة عامة ولها أهمية كبرى فينبغي أن لا تترك لفرد يفتي فيها ، بل يجب على علماء العصر أن يوفرأ جهودهم ويكدسوها لبحثها وأن يتعاونوا على حل مشاكلها لينتهوا من بحثهم إلى رأي واضح يذهب بلبلة الأفكار ويقضي على اختلاف الآراء أو يجد من كثرتها ويخفف من شدتها . ومن نظر في هذا لم يجد فيه حكماً موافقاً

أو مخالفا لما تقدم وإنما هو نصيحة لعلماء العصر ومشورة عليهم بما يجب أن يعملوه وإرشاد إلى الطريق التي يجب أن يسلكوها لحل المشكلة والوصول إلى نتيجة مرضية .

ولشيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - قاعدة في المعاهد حلالها وحرامها تتعلق بما سبق من الأدلة رأينا أن نتبعها ما تقدم لما تشتمل عليه من زيادة البيان .

قال رحمه الله تعالى : فصل . القاعدة الثانية في المعاهد حلالها وحرامها .

والأصل في ذلك : أن الله حرم في كتابه أكل أموالنا بيننا بالباطل ، وذم الأبحار والرهبان الذين يأكلون أموال الناس بالباطل ، وذم اليهود على أخذهم الربا وقد نهوا عنه ، وأكلهم أموال الناس بالباطل ، وهذا يعم كل ما يؤكل بالباطل في المعاوضات والتبرعات ، وما يؤخذ بغير رضا المستحق والإستحقاق .

وأكل المال بالباطل في المعاوضة نوعان ، ذكرهما الله في كتابه هما :
الربا ، والميسر ، فذكر تحريم الربا الذي هو ضد الصدقة في آخر سورة البقرة ، وسور آل عمران ، والروم ، والمدثر ، وذم اليهود عليه في سورة النساء ، وذكر تحريم الميسر في سورة المائدة ثم إن رسول الله ﷺ فصل ما جمعه الله في كتابه ، فهي عليه السلام عن بيع الغرر ، كما رواه مسلم وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه .

والغرر : هو المجهول العاقبة ، فإن يبعه من الميسر الذي هو القمار ، وذلك : أن العبد إذا أبق ، أو الفرس أو البعير إذا شرد ، فإن صاحبه إذا باعه فإنما يبيعه مخاطرة ، فيشتريه المشتري بدون ثمنه بكثير ، فإن

حصل له قال البائع : قمرتي ، وأخذت مالي بثمان قليل ، وإن لم يحصل قال المشتري : قمرتي وأخذت الثمن مني بلا عوض ، فيفضي إلى مفسدة الميسر التي هي إيقاع العداوة والبغضاء ، مع ما فيه من أكل المال بالباطل ، الذي هو نوع من الظلم ، ففي بيع الغرر ظلم وعداوة وبغضاء ، وما نهى عنه النبي ﷺ من بيع جبل الحبله والملاقيح والمضامين ومن بيع السنين وبيع الثمر قبل بدو صلاحه ، وبيع الملامسة والمنازدة ونحو ذلك - كله من نوع الغرر .

وأما الربا : فتحريمه في القرآن أشد ، ولهذا قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ . فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾ ^(١) وذكره النبي ﷺ في الكبائر ، كما خرجاه في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وذكر الله أنه حرم على الذين هادوا طيبات أحلت لهم بظلمهم ، وصدهم عن سبيل الله وأخذهم الربا وأكلهم أموال الناس بالباطل وأخبر سبحانه أنه يمحى الربا كما يربى الصدقات ، وكلاهما أمر مجرب عند الناس ، وذلك : أن الربا أصله إنما يتعامل به المحتاج ، وإلاّ فالموسر لا يأخذ ألفا حالة بألف ومائتين مؤجلة إذا لم يكن له حاجة لتلك الألف ، وإنما يأخذ المال بمثله وزيادة إلى أجل من هو محتاج إليه ، فتقع تلك الزيادة ظلما للمحتاج ، بخلاف الميسر ، فإن المظلوم فيه غير معين ، ولا محتاج إلى العقد ، وقد تخلو بعض صورته عن الظلم إذا وجد في المستقبل المبيع على الصفة التي ظناها ، والربا فيه ظلم محقق محتاج ، وبهذا كان ضد الصدقة ، فإن الله لم يدع الأغنياء حتى أوجب

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

عليهم إعطاء الفقراء ، فإن مصلحة الغني والفقير في الدين والدنيا لا تتم إلا بذلك فإذا أرى معه ، فهو بمنزلة من له على رجل دين فمنعه دينه وظلمه زيادة أخرى والغريم محتاج إلى دينه ، فهذا من أشد أنواع الظلم ، ويعظمه : لعن النبي ﷺ آكله ، وهو الآخذ ، وموكله وهو المحتاج المعطي للزيادة ، وشاهديه وكاتبه ، لإعانتهم عليه .

ثم إن النبي ﷺ حرم أشياء مما يخفى فيها الفساد لإفضائها إلى الفساد المحقق ، كما حرم قليل الخمر ، لأنه يدعو إلى كثيره مثل ربا الفضل فإن الحكمة فيه ، قد تخفى إذ العاقل لا يبيع درهما بدرهمين إلا لاختلاف الصفات مثل : كون الدرهم صحيحا ، والدرهمين مكسورين ، أو كون الدرهم مصوغا أو من نقد نافق ونحو ذلك ، ولذلك خفيت حكمة تحريمه على ابن عباس ومعاوية وغيرهما ، فلم يروا به بأسا ، حتى أخبرهم الصحابة الأكابر — عبادة بن الصامت وابن سعيد وغيرهما — بتحريم النبي ﷺ لربا الفضل .

وأما الغرر : فإنه ثلاثة أنواع . إما المعدوم ، كحبل الحيلة ، وبين السنين ، وإما المعجوز عن تسليمه ، كالعبد الآبق ، وإما المجهول المطلق ، أو المعين المجهول جنسه أو قدره ، كقوله بعتك عبدا أو بعتك ما في بيتي ، أو بعتك عبيد . فأما المعين المعلوم جنسه وقدره المجهول نوعه أو صفته — كقوله : بعتك الثوب الذي في كمي ، أو العبد الذي أملكه ونحو ذلك — ففيه خلاف مشهور ، وتغلب مسألة بيع الأعيان الغائبة ، وعن أحمد فيه ثلاث روايات ، إحداهن : لا يصح بيعه بحال ، كقول الشافعي الجديد ، والثانية : يصح وإن لم يوصف ، وللمشتري الخيار إذا رآه ، كقول أبي حنيفة ، وقد روى عن أحمد : لا خيار له . والثالثة

- وهي المشهور - أنه يصح بالصفة ، ولا يصح بدون الصفة ، كالمطلق الذي في الذمة ، وهو قول مالك .

ومفسدة الغرر أقل من الربا ، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجات منه ، فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً مثل بيع العقار بالجملة ، وإن لم يعلم دواخل الحيطان والأساس ، ومثل بيع الحيوان الحامل أو الموضع ، وإن لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن ، وإن كان قد نهي عن بيع الحمل مفرداً ، وكذلك اللبن عند الأكثرين وكذلك بيع الثمرة بعد بدو صلاحها ، فإنه يصح ، مستحق الإبقاء ، كما دلت عليه السنة ، وذهب إليه الجمهور ، كمالك والشافعي وأحمد ، وإن كانت الأجزاء التي يكمل الصلاح بها لم تخلق بعد .

وجوز النبي ﷺ إذا باع نخلاً قد أبرت : أن يشترط المبتاع ثمرتها فيكون قد اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ، لكن على وجه البيع للأصل . فظهر أنه يجوز من الغرر اليسير ضمناً وتبعاً مالا يجوز من غيره .

ولما احتاج الناس إلى العرايا رخص في بيعها بالخرص ، فلم يجوز المفاضلة المتيقنة ، بل سوغ المساواة بالخرص في القليل الذي تدعو إليه الحاجة ، وهو قدر النصاب خمسة أوسق أو ما دون النصاب ، على اختلاف القولين للشافعي وأحمد ، وإن كان المشهور عن أحمد ما دون النصاب .

إذا تبين ذلك : فأصول مالك في البيوع أجود من أصول غيره ، فإنه أخذ ذلك عن سعيد بن المسيب الذي كان يقال : هو أفقه الناس في البيوع ، كما كان يقال : عطاء أفقه الناس في المناسك وإبراهيم أفقههم في الصلاة ، والحسن أجمع لذلك كله ، ولهذا وافق أحمد كل واحد من

التابعين في أغلب ما فضل فيه لمن استقرأ ذلك في أجوبته ، ولهذا كان أحمد موافقا له في الأغلب . فإنهما يجرمان الربا ويشددان فيه حق التشديد ، لما تقدم من شدة تحريمه وعظم مفسدته ، ويمنعان الاحتيال له بكل طريق ، حتي يمنعا الذريعة المفضية إليه ، وإن لم تكن حيلة ، وإن كان مالك يبلغ في سد الذرائع مالا يختلف قول أحمد فيه أولا يقوله ، لكنه يوافقه بلا خلاف عنه على منع الحيل كلها .

وجماع الحيل نوعان : إما أن يضموا إلى أحد العوضين ماليس بمقصود أو يضموا إلى العقد عقداً ليس بمقصود .

فالأول مسألة « مدّ عجوة » وضابطها : أن يبيع ربويا بجنسه ، ومعها أو مع أحدهما ماليس من جنسه ، مثل أن يكون غرضهما بيع فضة بفضة متفاضلا ونحو ذلك فيضم إلى الفضة القليلة عوضا آخر ، حتى يبيع ألف دينار في منديل بألفي دينار .

فمتى كان المقصود بيع الربوي بجنسه متفاضلا حرمت مسألة « مدّ عجوة » بلا خلاف عند مالك وأحمد وغيرهما ، وإنما يسوغ مثل هذا من جَوَز الحيل من الكوفيين ، وإن كان قدماء الكوفيين يجرمون هذا . وأما إن كان كلاهما مقصوداً كمدّ عجوة ودرهم بمدّ عجوة ودرهم ، أو مدين أو درهمين ففيه روايتان عن أحمد ، والمنع : قول مالك والشافعي والجواز : قول أبي حنيفة ، وهي مسألة اجتهاد .

وأما إن كان المقصود من أحد الطرفين غير الجنس الربوي ، كبيع شاة ذات صوف ولبن بصوف أو لبن : فأشهر الروايتين عن أحمد الجواز .

والنوع الثاني من الحيل : أن يضمّا إلى العقد المحرم عقدا غير

مقصود ، مثل أن يتواطأ على أن يبيعه الذهب بخززة ثم يتاع الخرز منه بأكثر من ذلك الذهب ، أو يواطئا ثالثا على أن يبيع أحدهما عرضا ، ثم يبيعه المتاع لمعاملة المرابي ثم يبيعه المرابي لصاحبه ، وهي الحيلة المثلثة أو يقرن بالقرض محابة في بيع أو إجارة أو مساقاة ونحو ذلك ، مثل أن يقرضه ألفا ويبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين ، أو يكره دارا تساوي ثلاثين بخمسة ونحو ذلك .

فهذا ونحوه من الحيل لا تزول به المفسدة التي حرم الله من أجلها الربا ، وقد ثبت عن النبي ﷺ من حديث عبد الله بن عمرو أنه قال : لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وهو من جنس حيل اليهود ، فإنهم إنما استحلوا الربا بالحيل ، ويسمونه المشكند ، وقد لعنهم الله على ذلك .

وقد روى ابن بطة بإسناد حسن عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا تتركبوا ما ارتكب اليهود ، حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا ثمنها » وفي السنن عنه ﷺ أنه قال : « من أدخل فرسا بين فرسين - وهو لا يؤمن أن يسبق - فليس قمارا ، ومن أدخل فرسا بين فرسين - وقد آمن أن يسبق - فهو قمار » وقال ﷺ فيما رواه أهل السنن من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « البيعان بالخيار مالم يتفرقا ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله » (١) .

ودلائل تحريم الحيل من الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار كثيرة ،

(١) رواه البخاري ومسلم بنحوه من حديث عبد الله بن عمر .

ذكرنا منها نحواً من ثلاثين دليلاً فيما كتبناه في ذلك ، وذكرنا ما يحتج به من يجوزها ، كيمين أبي أيوب ، وحديث تمر خبير ، ومعارض السلف ، وذكرنا جواب ذلك^(١) .

ومن ذرائع ذلك : مسألة العينة ، وهو أن يبيعه سلعة إلى أجل ، ثم يبتاعها منه بأقل من ذلك ، فهذا مع التواطؤ يطل البيعين ، لأنها حيلة ، وقد روى أحمد وأبو داود بإسنادين جيدين عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « إذا تبايعتم بالعينة ، واتبعتم أذناب البقر ، وتركتم الجهاد في سبيل الله أرسل الله عليكم ذلاً لا يرفعه حتى تراجعوا دينكم » وإن لم يتواطأ فإنهما ييطان البيع الثاني ، سدا للذريعة ، ولو كانت عكس مسألة العينة من غير تواطؤ . ففيه روايتان عن أحمد ، وهو أن يبيعه حالا ثم يبتاع منه بأكثر مؤجلاً ، وأما مع التواطؤ فربا محتال عليه .

ولو كان مقصود المشتري الدرهم وابتاع السلعة إلى أجل ليبيعها ويأخذ ثمنها فهذا يسمى التورق . ففي كراهته عن أحمد روايتان . والكرهية قول عمر بن عبد العزيز ومالك ، فيما أظن ، بخلاف المشتري الذي غرضه التجارة ، أو غرضه الإنتفاع أو القنية ، فهذا يجوز شراؤه إلى أجل بالاتفاق .

ففي الجملة : أهل المدينة وفقهاء الحديث مانعون من أنواع الربا منعاً محكماً مراعين لمقصود الشريعة وأصولها ، وقولهم في ذلك هو الذي يؤثر مثله عن الصحابة ، وتدل عليه معاني الكتاب والسنة .

وأما الغرر : فأشد الناس فيه قولاً أبو حنيفة والشافعي ، أما الشافعي : فإنه يدخل في هذا الاسم من الأنواع مالا يدخله غيره من

(١) في كتاب إقامة الدليل على إبطال التحليل .

الفقهاء ، مثل الحب والتمر في قشره الذي ليس بصوان كالباقلا والجوز واللوز في قشره الأخضر ، وكالحب في سنبله ، فإن القول الجديد عنده : أن ذلك لا يجوز ، مع أنه قد اشترى في مرض موته باقلاء أخضر ، فخرج ذلك له قولاً ، واختاره طائفة من أصحابه كأبي سعيد الأصبخري ، وروي عنه أنه ذكر له : أن النبي ﷺ « نهى عن بيع الحب حتى يشتد » فدل على جواز بيعه بعد اشتداده ، وإن كان في سنبله فقال : إن صح هذا أخرجته من العام أو كلاماً قريباً من هذا ، وكذلك ذكر أنه رجع عن القول بالمنع .

قال ابن المنذر : جواز ذلك هو قول مالك وأهل المدينة ، وعبيد الله بن الحسن وأهل البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي . وقال الشافعي مرة : لا يجوز ، ثم بلغه حديث ابن عمر ، فرجع عنه وقال به ، قال ابن المنذر : ولا أعلم أحداً يعدل عن القول به .

وذكر بعض أصحابه قولين . وأن الجواز هو القديم ، حتى منع من بيع الأعيان الغائبة بصفة وغير صفة ، متأولاً إن بيع الغائب غرر وإن وصف ، حتى اشترط فيما في الذمة - كدين السلم - من الصفات وضبطها ما لم يشترطه غيره ، ولهذا يتعذر أو يتعسر على الناس المعاملة في العين والدين بمثل هذا القول ، وقاس على بيع الغرر جميع العقود ، من التبرعات والمعاوضات فاشترط في أجرة الأجير وفدية الخلع والكتابة ، وصلاح أهل الهدنة ، وجزية أهل الذمة : ما اشترطه في البيع عينا ودينا ، ولم يجوز في ذلك جنساً وقدرأً وصفة إلا ما يجوز مثله في البيع ، وإن كانت هذه العقود لا تبطل بفساد أعواضها ، أو يشترط لها شروط آخر .

وأما أبو حنيفة : فإنه يجوز بيع الباقلا ونحوه في القشرين ، ويجوز اجارة الأجير بطعامه وكسوته ، ويجوز جهالة المهر كجهالة مهر المثل ،

ويجوز بيع الأعيان الغائبة بلاصفة ، مع الخيار لأنه يرى وقف العقود ، لكنه يحرم المساقاة والمزارعة ونحوهما من المعاملات مطلقا والشافعي يجوز بيع بعض ذلك ، ويحرم أيضا كثيراً من الشروط في البيع والإجارة والنكاح وغير ذلك مما يخالف مطلق العقد .

وأبو حنيفة يجوز بعض ذلك ، ويجوز من الوكالات والشركات مالا يجوزه الشافعي ، حتى يجوز شركة المفاوضة والوكالة بالجهول المطلق . وقال الشافعي : إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فما أعلم شيئاً باطلاً .

فبينهما في هذا الباب عموم وخصوص ، لكن أصول الشافعي المحرمة أكثر من أصول أبي حنيفة في ذلك .

وأما مالك : فمذهبه أحسن المذاهب في هذا ، فيجوز بيع هذه الأشياء وجميع ما تدعو إليه الحاجة ، أو يقل غرره ، بحيث يحتمل في العقود ، حتى يجوز بيع المقاتي جملة ، وبيع المغيبات في الأرض ، كالجزر والفجل ونحو ذلك .

وأحمد قريب منه في ذلك ، فإنه يجوز هذه الأشياء ، ويجوز - على المنصوص عنه - أن يكون المهر عبداً مطلقاً ، أو عبداً من عبيده ونحو ذلك مما لا يزيد جهالة على مهر المثل ، وإن كان من أصحابه من يجوز المبهم دون المطلق ، كأبي الخطاب ، ومنهم من يوافق الشافعي ، فلا يجوز في المهر وفدية الخلع ونحوهما إلا ما يجوز في المبيع ، وكأبي بكر عبد العزيز ، ويجوز - على المنصوص عنه - في فدية الخلع أكثر من ذلك ، حتى ما يجوز في الوصية وإن لم يجز في المهر ، كقول مالك مع اختلاف في مذهبه ، وليس هذا موضعه ، لكن المنصوص عنه : أنه لا يجوز بيع

المغيب في الأرض ، كالجزر ونحوه إلا إذا قلع ، وقال : هذا الغرر شيء ليس يراه ، كيف يشتريه ؟ والمنصوص عنه : أنه لا يجوز بيع القثاء والخيار والبادنجان ونحوه إلا لقطة لقطة ، ولا يباع من المقاتي والمباطخ إلا ما ظهر دون ما بطن ، ولا تباع الرطبة إلا جزء جزء ، كقول أبي حنيفة والشافعي ، لأن ذلك غرر ، وهو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها . ثم اختلف أصحابه فأكثرهم أطلقوا ذلك في كل مغيب ، كالجزر والفجل والبصل وما أشبه ذلك ، كقول مالك .

وقال الشيخ أبو محمد : إذا كان مما يقصد فروعه وأصوله ، كالبصل المبيع أخضر ، والكراث والفجل ، أو كان المقصود فروعه . فالأولى جواز بيعه ، لأن المقصود منه ظاهر فأشبهه الشجر ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعا ، وإن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجوز بيعه في الأرض ، لأن الحكم للأغلب ، وإن تساويا لم يجوز أيضا ، لأن الأصل اعتياد الشرط ، وإنما سقط في الأقل التابع .

وكلام أحمد يحتمل وجهين ، فإن أبا داود قال : قلت لأحمد : بيع الجزر في الأرض ؟ قال : لا يجوز بيعه إلا ما قلع منه ، هذا الغرر ، شيء ليس يراه ، كيف يشتريه ؟ فعلى عدم الرؤية .

فقد يقال : إن لم يره كله لم يبيع . وقد يقال : رؤية بعض المبيع تكفي إذا دلت على الباقي كرؤية وجه العبد .

وكذلك اختلفوا في المقاتي إذا بيعت بأصولها . كما هو العادة غالبا . فقال قوم من المتأخرين : يجوز ذلك . لأن بيع أصول الخضروات . كبيع الشجر ، وإذا باع الشجرة وعليها الثمر لم يبد صلاحه جاز . فكذلك هذا . وذكر أن هذا مذهب أبي حنيفة والشافعي .

وقال المتقدمون : لا يجوز بحال وهو معنى كلامه ومنصوصه . وهو إنما نهى عما يعتاده الناس ، وليست العادة جارية في البطيخ والقثاء والخيار : أن يباع دون عروقه ، والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع عنده . فإن المنصوص عنه في رواية الأثرم ، وإبراهيم بن الحرث في الشجر الذي عليه ثمر لم يبد صلاحه : إنه إن كان الأصل هو مقصوده الأعظم جاز ، وأما إن كان مقصوده الثمرة فاشترى الأصل معها حيلة : لم يجز ، وكذلك إذا اشترى أرضاً وفيها زرع أو شجر مثمر لم يبد صلاحه ، فإن كانت الأرض هي المقصود : جاز دخول الثمر والزرع معها تبعاً . وإن كان المقصود هو الثمر والزرع ، فاشترى الأرض لذلك : لم يجز . وإذا كان هذا قوله في ثمرة الشجر ، فمعلوم أن المقصود من المقاتي والمباطخ : إنما هو الخضروات دون الأصول التي ليس لها إلا قيمة يسيرة بالنسبة إلى الخضر .

وقد خرج ابن عقيل وغيره فيها وجهين : أحدهما : جواز بيع المغيبات بناء على إحدى الروايتين عنه في بيع ما لم يره . ولا شك أنه ظاهر فإن المنع إنما يكون على قولنا : لا يصح بيع ما لم يره . فإذا صححنا بيع الغائب فهذا من الغائب . والثاني : أنه يجوز بيعها مطلقاً ، كمذهب مالك ، إلحاقاً لها بلب الجوز . وهذا القول هو قياس أصول أحمد وغيره لوجهين ..

أحدهما : أن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها ويعلمون ذلك أجود مما يعلمون العبد برؤية وجهه ، والمرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الأشياء كما يعرفون غيرها مما اتفق المسلمون على جواز بيعه وأؤكد .

الثاني : أن هذا مما تمس حاجة الناس إلى بيعه . فإنه إذا لم يبع حتى يقلع ، حصل على أصحابه ضرر عظيم . فإنه قد يتعذر عليهم مباشرة القلع والإستنباط فيه . وإن قلعوه جملة فسد بالقلع فبقاؤه في الأرض كبقاء الجوز واللوز ونحوهما في قشره الأخضر .

وأحمد وغيره من فقهاء الحديث يجوزون العرايا مع ما فيها من المزابنة لحاجة المشتري إلى أكل الرطب ، أو البائع إلى أكل الثمر ، فحاجة البائع هنا أوكد بكثير وسنقرر ذلك إن شاء الله .

وكذلك قياس أصول أحمد وغيره من فقهاء الحديث : جواز بيع المقاتي باطنها وظاهرها وإن اشتمل ذلك على بيع معدوم إذا بدا صلاحها كما يجوز بالاتفاق إذا بدا صلاح بعض نخله أو شجره : أن يباع جميع ثمرها . وإن كان فيها ما لم يصلح بعد .

وغاية ما اعتذروا به عن خروج هذا من القياس أن قالوا : إنه لا يمكن إفراد البيع لذلك من نخلة واحدة لأنه لو أفرد البسرة بالعقد اختلطت بغيرها في يوم واحد ، لأن البسرة تصفر في يومها وهذا بعينه موجود في المقتاة . وقد اعتذر بعض أصحاب الشافعي وأحمد عن بيع المعدوم تبعا بأن ما يحدث من الزيادة في الثمرة بعد العقد ليس بتابع للموجود ، وإنما يكون ذلك للمشتري ، لأنه موجود في ملكه .

والجمهور من الطائفتين يعلمون فساد هذا العذر ، لأنه يجب على البائع سقي الثمرة ، ويستحق إبقاءها على الشجر بمطلق العقد ، ولو لم يستحق الزيادة بالعقد لما وجب على البائع ما به تؤخذ ، فإن الواجب على البائع بحكم البيع توفية المبيع الذي أوجبه العقد ، لا ما كان من موجبات الملك .

وأيضاً : فإن الرواية اختلفت عن أحمد إذا بدا الصلاح في حديقة من الحدائق هل يجوز بيع جميعها أم لا يباع إلا ما صلح منها ؟ على روايتين :

أشهرهما عنه : أنه لا يباع إلا ما بدا صلاحه ، وهي اختيار قدماء أصحابه كأبي بكر وابن شاقلا .

والرواية الثانية : يكون بدو الصلاح في البعض صلاحاً للجميع . وهي اختيار أكثر أصحابه كابن حامد والقاضي ومن تبعهما .

ثم المنصوص عنه في هذه الرواية أنه قال : إذا كان في بستان بعضه بالغ وبعضه غير بالغ : يبيع إذا كان الأغلب عليه البلوغ ، فمنهم من فرق بين صلاح القليل والكثير ، كالقاضي أخيراً وأبي حكيم النهرواني ، وأبي البركات وغيرهم ممن قصر الحكم بما إذا غلب الصلاح ، ومنهم من سوى بين الصلاح القليل والكثير ، كأبي الخطاب وجماعات ، وهو قول مالك والشافعي والليث ، وزاد مالك فقال : يكون صلاحاً لما جاوره من الأقربة . وحكوا ذلك رواية عن أحمد .

واختلف هؤلاء : هل يكون صلاح النوع - كالبرني من الرطب - صلاحاً لسائر أنواع الرطب على وجهين في مذهب الشافعي وأحمد . أحدهما : المنع ، وهو قول القاضي وابن عقيل وأبي محمد . والثاني : الجواز ، وهو قول أبي الخطاب . وزاد الليث على هؤلاء فقال : صلاح الجنس كالفتح واللوز يكون صلاحاً لسائر أجناس الثمار . ومأخذ من جوز شيئاً من ذلك : أن الحاجة تدعو إلى ذلك . فإن بيع بعض ذلك دون بعض يفضي إلى سوء المشاركة ، واختلاف الأيدي ، وهذه علة من فرق بين البستان الواحد والبساتين ، ومن سوى بينهما ، فإنه قال :

المقصود الأمن من العاهة ، وذلك يحصل بشروع الثمر في الصلاح .
وماأخذ من منع ذلك : أن قول النبي ﷺ « حتى يبدو صلاحها »
يقتضي بدو صلاح الجميع .

والغرض من هذه المذاهب : أن من جوز بيع البستان من الجنس
الواحد لبدو الصلاح في بعضه ، فقياس قوله : جواز بيع المقتاة إذا بدا
صلاح بعضها . والمعدوم هنا فيها كالمعدوم من أجزاء الثمرة ، فإن
الحاجة تدعو إلى ذلك أكثر ، إذ تفريق الأشجار في البيع أيسر من تفريق
البطيخات والقثاءات والخيارات ، وتمييز اللقطة عن اللقطة لو لم يشق ،
فإنه أمر لا ينضبط . فإن اجتهد الناس في ذلك متفاوت .

والغرض من هذا : أن أصول أحمد تقتضي موافقة مالك في هذه
المسائل ، كما يروي عنه في بعض الجوابات أو قد خرج أصحابه على
أصوله وكما أن العالم من الصحابة والتابعين والأئمة كثيرا ما يكون له
في المسألة الواحدة قولان في وقتين ، فكذلك يكون له في النوع الواحد
من المسائل قولان في وقتين ، فيجيب في بعض أفرادها بجواب في وقت
ويجيب في بعض الأفراد بجواب آخر في وقت آخر . وإذا كانت الأفراد
مستوية كان له فيها قولان ، فإن لم يكن بينهما فرق يذهب إليه مجتهد ،
فقلت طائفة منهم أبو الخطاب : لا يخرج ، وقال الجمهور - كالقاضي
أي يعلى - يخرج الجواب ، إذا لم يكن هو ممن يذهب إلى الفرق كما
اقتضته أصوله ، ومن هؤلاء من يخرج الجواب إذا رآهما مستويين ، وإن
لم يعلم هل هو ممن يفرق أم لا ، وإن فرق بين بعض الأفراد وبعض
مستحضراً لهما ، فإن كان سبب الفرق مأخذاً شرعياً : كان الفرق قولاً
له ، وإن كان سبب الفرق مأخذاً عادياً أو حسياً ونحو ذلك مما قد يكون
أهل الخبرة به أعلم من الفقهاء الذين لم يباشروا ذلك ، فهذا في الحقيقة

لا يفرق بينهما شرعا ، وإنما هو أمر من أمر الدنيا لم يعلمه العالم ، فإن العلماء ورثة الأنبياء ، وقد قال النبي ﷺ (أنتم أعلم بأمر دنياكم . فأما ما كان من أمر دينكم فإلي)^(١) .

وهذا الاختلاف في عين المسألة أو نوعها من العلم قد يسمى تناقضا أيضا . لأن التناقض اختلاف مقالتين بالنفي والإثبات ، فإذا كان في وقت قد قال : إن هذا حرام . وقال في وقت آخر فيه أو في مثله : إنه ليس بحرام أو قال ما يستلزم أنه ليس بحرام - فقد تناقض قولاه . وهو مصيب في كليهما عند من يقول : كل مجتهد مصيب . وإنه ليس لله في الباطن حكم على المجتهد غير ما اعتقده .

وأما الجمهور الذين يقولون : إن الله حكما في الباطن ، علمه في إحدى المقاليتين ولم يعلمه في المقالة التي تناقضها ، وعدم علمه به مع اجتهاده مغفور له ، مع ما يثاب عليه من قصده للحق واجتهاده في طلبه ، ولهذا يشبه بعضهم تعارض الاجتهادات من العلماء بالناسخ والمنسوخ في شرائع الأنبياء ، مع الفرق بينهما بأن كل واحد من الناسخ والمنسوخ ثابت بخطاب حكم الله باطنا وظاهرا ، بخلاف أحد قولي العالم المتناقضين .

هذا فيمن يتقي الله فيما يقوله ، مع علمه بتقواه وسلوكه الطريق الراشد . وأما أهل الأهواء والخصومات ، فهم مذمومون في مناقضتهم ، لأنهم يتكلمون بغير علم ، ولا حسن قصد لما يجب قصده وعلى هذا فلازم قول الإنسان نوعان :

(١) خرجه مسلم في صحيحه عن أنس وعائشة رضي الله عنهما .

أحدهما : لازم قول الحق . فهذا مما يجب عليه أن يلتزمه فإن لازم الحق حق ، ويجوز أن يضاف إليه إذا علم من حاله أنه لا يمتنع من التزامه بعد ظهوره . وكثير مما يضيفه الناس إلى مذهب الأئمة : من هذا الباب .

والثاني : لازم قوله الذي ليس بحق . فهذا لا يجب التزامه ، إذ أكثر ما فيه أنه قد تناقض وقد بينت أن التناقض واقع من كل عالم غير النبيين ، ثم إن عرف من حاله : أنه يلتزمه بعد ظهوره له فقد يضاف إليه ، وإلا فلا يجوز أن يضاف إليه قول لو ظهر له فساد له لم يلتزمه ، لكونه قد قال ما يلزمه . وهو لم يشعر بفساد ذلك القول ولا يلزمه .

وهذا التفصيل في اختلاف الناس في لازم المذهب : هل هو مذهب أو ليس بمذهب ؟ هو أجود من إطلاق أحدهما ، فما كان من اللوازم يرضاه القائل بعد وضوحه له فهو قوله . ومالا يرضاه فليس قوله . وإن كان متناقضا وهو الفرق بين اللازم الذي يجب التزامه مع لزوم اللازم الذي يجب ترك الملزوم للزومه . فإذا عرف الفرق بين الواجب من المقالات والواقع منها . وهذا متوجه في اللوازم التي لم يصرح هو بعدم لزومها .

فأما إذا نفى هو اللزوم لم يجز أن يضاف إليه اللازم بحال ، وإلا لأضيف إلى كل عالم ما اعتقدنا أن النبي ﷺ قاله ، لكونه ملتزما لرسالته ، فلما لم يضيف إليه ما نفاه عن الرسول وإن كان لازما له : ظهر الفرق بين اللازم الذي لم ينفيه واللازم الذي نفاه . ولا يلزم من كونه نص على الحكم نفيه للزوم ما يلزمه ، لأنه قد يكون عن اجتهادين في وقتين .

وسبب الفرق بين أهل العلم وأهل الأهواء - مع وجود الاختلاف في قول كل منهما : أن العالم قد فعل ما أمر به من حسن القصد والاجتهاد ، وهو مأمور في الظاهر باعتقاد ما قام عنده دليله ، وإن لم يكن مطابقاً ، لكن اعتقاداً ليس بيقيني ، كما يؤمر الحاكم بتصديق الشاهدين ذوي العدل ، وإن كانا في الباطن قد أخطآ أو كذبا ، وكما يؤمر المفتي بتصديق الخبر العدل الضابط أو باتباع الظاهر ، فيعتقد ما دل عليه ذلك ، وإن لم يكن ذلك الاعتقاد مطابقاً . فالاعتقاد - المطلوب هو الذي يغلب على الظن مما يؤمر به العباد ، وإن كان قد يكون غير مطابق ، وإن لم يكونوا مأمورين في الباطن باعتقاد غير مطابق قط . فإذا اعتقد العالم اعتقادين متناقضين في قضية أو قضيتين ، مع قصده للحق واتباعه لما أمر باتباعه من الكتاب والحكمة : عذر بما لم يعلمه وهو الخطأ المرفوع عنا ، بخلاف أصحاب الأهواء . فإنهم ﴿ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ ﴾^(١) ويجزمون بما يقولونه بالظن والهوى جزماً لا يقبل النقيض ، مع عدم العلم بحجزمه . فيعتقدون ما لم يؤمروا باعتقاده ، لا باطنا ولا ظاهراً ، ويقصدون ما لم يؤمروا بقصده ، ويجتهدون اجتهاداً لم يؤمروا به . فلم يصدر عنهم من الاجتهاد والقصد ما يقتضي مغفرة ما لم يعلموه ، فكانوا ظالمين شبيهاً بالمغضوب عليهم أو جاهلين ، شبيهاً بالضالين .

فالمجتهد الاجتهاد العلمي المحض ليس له غرض سوى الحق ، وقد سلك طريقه ، وأما متبع الهوى المحض : فهو من يعلم الحق ويعاند عنه . وثُمَّ قسم آخر - وهم غالب الناس - وهو أن يكون له هوى ،

(١) سورة النجم آية ٢٣ .

وله في الأمر الذي قصد إليه شبهة ، فتنجتمع الشهوة والشبهة ، ولهذا جاء في حديث مرسل عن النبي ﷺ أنه قال « إن الله يحب البصر النافذ عند ورود الشبهات ، ويحب العقل الكامل عند حلول الشهوات » .

فالمجتهد المحض مغفور له ، أو مأجور ، وصاحب الهوى المحض مستوجب للعذاب ، وأما المجتهد الإجتهد المركب على شبهة وهوى : فهو مسيء . وهم في ذلك على درجات بحسب ما يغلب ، وبحسب الحسنات الماحية .

وأكثر المتأخرين - من المنتسبين إلى فقه أو تصوف - مبتلون بذلك . وهذا القول الذي دلت عليه أصول مالك وأصول أحمد ، وبعض أصول غيرهما : هو أصح الأقوال . وعليه يدل غالب معاملات السلف ، ولا يستقيم أمر الناس في معاشهم إلا به ، وكل من توسع في تحريم ما يعتقد غرراً : فإنه لا بد أن يضطر إلى إجازة ما حرمه ، فإما أن يخرج عن مذهبه الذي يقلده في هذه المسألة ، وأما أن يحتال ، وقد رأينا الناس وبلغتنا أخبارهم ، فما رأينا أحداً التزم مذهبه في تحريم هذه المسائل ، ولا يمكنه ذلك ، ونحن نعلم قطعاً أن مفسدة التحريم لا تزول بالحيلة يذكرونها . فمن المحال : أن يحرم الشارع علينا أمراً نحن محتاجون إليه ، ثم لا يبيحه إلا بحيلة لا فائدة فيها ، وإنما هي من جنس اللعب . ولقد تأملت أغلب ما أوقع الناس في الحيل فوجدته أحد شيئين : أما ذنوب جوزوا عليها بتضيق في أمورهم ، فلم يستطيعوا دفع هذا الضيق إلا بالحيل فلم تزدتهم الحيل إلا بلاء ، كما جرى لأصحاب السبت من اليهود ، وكما قال تعالى (٤ : ١٦٠) ﴿ فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم ﴾^(١) وهذا الذنب ذنب عملي . وإما مبالغة في

(١) سورة النساء الآية ١٦٠ .

التشديد لما اعتقدوه من تحريم الشارع ، فاضطرهم هذا الاعتقاد إلى الاستحلال بالحيل وهذا من خطأ الاجتهاد ، وإلا فمن اتقى الله وأخذ ما أحل له ، وأدى ما أوجب عليه . فإن الله لا يحوجه إلى الحيل المبتدعة أبداً . فإنه سبحانه لم يجعل علينا في الدين من حرج ، وإنما بعث نبينا ﷺ بالحنيفية السمحة ، فالسبب الأول : هو الظلم . والسبب الثاني : هو عدم العلم . والظلم والجهل هما وصف للإنسان المذكور في قوله : (٣٣ : ٧٢) ﴿ وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً ﴾^(١) .

وأصل هذا : أن الله سبحانه إنما حرم علينا المحرمات من الأعيان ، كالدم والميتة ولحم الخنزير أو من التصرفات : كالميسر والربا وما يدخل فيهما بنوع من الغرر وغيره ، لما في ذلك من المفساد التي نبه الله عليها ورسوله بقوله سبحانه : (٥ : ٩١) ﴿ إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متبهون ﴾^(٢) فأخبر سبحانه : أن الميسر يوقع العداوة والبغضاء ، سواء كان ميسراً بالمال أو باللعب . فإن المغالبة بلا فائدة وأخذ المال بلاحق يوقع في النفوس ذلك ، وكذلك روى فقيه المدينة من الصحابة زيد بن ثابت رضي الله عنه قال : كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار فإذا أجذب الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع أنه أصاب الثمر الدمان ، أصابه مُراض ، أصابه قشام - عاهات يحتجون بها فقال رسول الله ﷺ - لما كثرت عنده الخصومة في ذلك : فأما لا ، فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر ، كالمشورة لهم

(١) سورة الأحزاب الآية ٧٢ .

(٢) سورة المائدة آية ٩١ .

يشير بها ، لكثرة خصومتهم واختلافهم . وذكر خارجه بن زيد : أن زيدا لم يكن يبيع ثمار أرضه حتى تطلع الثريا فيتبين الأحمر من الأصفر . رواه البخاري تعليقا ، وأبو داود إلى قوله : خصومتهم « وروى أحمد في المسند عنه قال : قدم رسول الله ﷺ المدينة ، ونحن نتبايع الثمار قبل أن يبدو صلاحها . فسمع رسول الله ﷺ خصومة فقال : ما هذا ؟ فقيل له : إن هؤلاء ابتاعوا الثمار يقولون : أصابنا الدمان والقشام . فقال رسول الله ﷺ : فلا تبايعوها حتى يبدو صلاحها » .

فقد أخبر أن سبب نهى النبي ﷺ عن ذلك : ما أفضت إليه من الخصام وهكذا يبيع الغرر ، وقد ثبت نهيه عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها في الصحيحين ، من حديث ابن عمر وابن عباس وجابر وأنس ، وفي مسلم من حديث أبي هريرة ، وفي حديث أنس تعليقه ، ففي الصحيحين عن أنس « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي ، قيل : وما تزهي ؟ قال : حتى تحمر أو تصفر ، فقال رسول الله ﷺ : أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » وفي رواية أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر حتى يزهو ، فقلنا لأنس : ما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفر ، أرأيت إن منع الله الثمرة ، بم تستحل مال أخيك » .

قال أبو مسعود الدمشقي : جعل مالك والدراوردي قول أنس « أرأيت إن منع الله الثمرة » من حديث النبي ﷺ ، أدرجاه فيه ، ويرون أنه غلط .

فهذا التعليل - سواء كان من كلام النبي ﷺ أو من كلام أنس - فيه بيان أن في ذلك أكل المال بالباطل ، حيث أخذه في عقد معاوضة بلا عوض مضمون .

وإذا كانت مفسدة بيع الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء وأكل الأموال بالباطل فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها ، كما أن السباق بالخیل والسهام والإبل ، لما كان فيه مصلحة شرعية جاز بالعوض ، وإن لم يجز غيره بعوض ، وكما أن اللهو الذي يلهو به الرجل إذا لم يكن فيه منفعة ، فهو باطل ، وإن كان فيه منفعة - وهو ما ذكره النبي ﷺ بقوله : (كل لهُو يلهو به الرجل فهو باطل ، إلا رميه بقوسه ، وتأديبه فرسه ، وملاعبته امرأته) ، فإنهم من الحق صار هذا اللهُو حقاً .

ومعلوم أن الضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشد عليهم مما قد يتخوف فيها من تباغض ، أو أكل مال بالباطل ، لأن الغرر فيها يسير كما تقدم ، والحاجة إليها ماسة ، والحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر ، والشرعية جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضها حاجة راجحة أبيع المحرم ، فكيف إذا كانت المفسدة منتفية ؟ ولهذا لما كانت الحاجة داعية إلى بقاء الثمر بعد البيع على الشجر إلى كمال الصلاح ، أباح الشرع ذلك ، قاله جمهور العلماء كما سنقرر قاعدته إن شاء الله تعالى . ولهذا كان مذهب أهل المدينة وفقهاء الحديث : أنها إذا تلفت بعد البيع بجائحة هلكت من ضمان البائع ، كما رواه مسلم في صحيحه عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ « لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ » وفي رواية لمسلم عنه : « أمر رسول الله ﷺ بوضع الجوائح » والشافعي رضي الله عنه لما لم يبلغه هذا الحديث - وإنما بلغه حديث لسفيان بن عيينة اضطرب فيه - أخذ في ذلك بقول الكوفيين إنها تكون من ضمان المشتري ، لأنه مبيع قد تلف بعد القبض ، لأن

التخلية بين المشتري وبينه قبض ، وهذا على أصل الكوفيين أمشى ، لأن المشتري لم يملك إبقاءه على الشجر ، وإنما موجب العقد عندهم : القبض الناجز بكل حال ، وهو طرد لقياس سند ذكر أصله وضعفه ، مع أن مصلحة بني آدم لا تقوم على ذلك ، ومع أي لا أعلم عن النبي ﷺ سنة صريحة بأن المبيع التالف قبل التمكن من القبض يكون من مال البائع ، ويفسخ العقد بتلفه إلا حديث الجوائح هذا . ولو لم يكن فيه سنة لكان الاعتبار الصريح يوافقه ، وهو ما نبه عليه النبي ﷺ بقوله (بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق ؟) فإن المشتري للثمرة إنما يتمكن من جذاذها عند كمالها ونضجها ، لا عند العقد ، كما أن المستأجر إنما يتمكن من استيفاء المنفعة شيئاً فشيئاً ، فتلف الثمرة قبل التمكن من استيفاء المنفعة في الإجارة يتلف من ضمان المؤجر بالإتفاق . فكذلك في البيع .

وأبو حنيفة يفرق بينهما بأن المستأجر لم يملك المنفعة ، وأن المشتري لم يملك الإبقاء ، وهذا الفرق لا يقول به الشافعي وسند ذكر أصله .

فلما كان النبي ﷺ قد نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها . وفي لفظ لمسلم عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا تتبايعوا الثمر حتى يبدو صلاحه وتذهب عنه الآفة » وفي لفظ لمسلم عنه « نهى عن بيع النخل حتى تزهي ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري » وفي سنن أبي داود عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يحرز من كل عارض » .

فمعلوم أن العلة ليست كونه كان معدوماً . فإنه بعد بدو صلاحه وأمنه العاهة يزيد أجزاء لم تكن موجودة وقت العقد ، وليس المقصود الأمن من العاهات النادرة . فإن هذا لا سبيل إليه ، إذ قد يصيبها ما ذكره الله عن أهل الجنة الذين (٦٨ : ١٧ ، ١٨) ﴿ أقسموا ليصرمنها

مصبحين ، ولا يستثنون ﴿^(١)﴾ وما ذكره في سورة يونس في قوله :
 (١٠ : ٢٤) ﴿حتى إذا أخذت الأرض زخرفها وازينت وظن أهلها
 أنهم قادرون عليها أتاها أمرنا ليلا أو نهارا فجعلناها حصيدا كأن
 لم تغن بالأمس﴾ وإنما المقصود ذهاب الآفة التي يتكرر وجودها ، وهذه
 إنما تصيب الزرع قبل اشتداد الحب ، وقبل ظهور النضج في الثمر ،
 إذ العاهة بعد ذلك نادرة بالنسبة إلى ما قبله ، ولأنه لو منع بيعه بعد
 هذه العاهة لم يكن له وقت يجوز بيعه إلى حين كمال الصلاح . وبيع
 الثمر على الشجر بعد كمال صلاحه متعذر ، لأنه لا يكمل جملة واحدة
 وإيجاب قطعه على مالكة فيه ضرر مرب .

فتبين أن رسول الله ﷺ قدم مصلحة جواز البيع الذي يحتاج إليه
 على مفسدة الغرر اليسير ، كما تقتضيه أصول الحكمة التي بعث بها ﷺ
 وعلمها أمته .

ومن طرد القياس الذي انعقد في نفسه ، غير ناظر إلى ما يعارض
 علته من المانع الراجح أفسد كثيرا من أمر الدين ، وضاق عليه عقله
 ودينه .

وأیضا : ففي صحيح مسلم عن أبي رافع : « أن رسول الله ﷺ
 استسلف من رجل بكراً ، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة ، فأمر أبا
 رافع أن يقضي الرجل بكره ، فرجع إليه أبو رافع فقال : لم أجد فيها
 إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال النبي ﷺ : أعطه إياه فإن خيار الناس
 أحسنهم قضاء » .

ففي هذا دليل على جواز الاستسلاف فيما سوى المكيل والموزون

(١) سورة القلم الآية ١٧ ، ١٨ .

من الحيوان ونحوه كما عليه فقهاء الحجاز والحديث ، خلافا لمن قال من الكوفيين لا يجوز ذلك ، لأن القرض موجب لرد المثل ، والحيوان ليس بمثلي ، وبناء على أن ما سوى المكيل والموزون لا يثبت في الذمة عوضا عن مال .

وفيه دليل على أنه يثبت مثل الحيوان تقريبا في الذمة ، كما هو المشهور من مذاهبهم خلافا للكوفيين ، ووجه في مذهب أحمد أنه يثبت بالقيمة . وهذا دليل على أن المعتبر في معرفة المعقود عليه : هو التقريب ، وإلا فيعجز الإنسان عن وجود حيوان مثل ذلك الحيوان ، لا سيما عند القائلين بأن الحيوان ليس بمثلي ، وأنه مضمون في الغصب والإتلاف بالقيمة .

وأیضا : فقد اختلف الفقهاء في تأجيل الديون إلى الحصاد والجذاذ ، وفيه روايتان عن أحمد . إحداهما : يجوز كقول مالك ، وحديث جابر الذي في الصحيح يدل عليه .

وأیضا : فقد دل الكتاب في قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾^(١) والسنن في حديث بروع بنت واشق ، وإجماع العلماء : على جواز عقد النكاح بدون فرض الصداق . وتستحق مهر المثل إذا دخل بها بإجماعهم ، وإذا مات عند فقهاء الحديث ، وأهل الكوفة المتبعين لحديث بروع بنت واشق ، وهو أحد قولي الشافعي . وهو معلوم أن مهر المثل متقارب لا محدود ، فلو كان التحديد معتبرا في المهر ما جاز النكاح بدونه كما رواه أحمد في المسند عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه : « أن النبي

(١) سورة البقرة الآية ٢٣٦ .

ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره ، وعن بيع اللبس والنجش وإلقاء الحجر « فضمت الشريعة بجواز النكاح قبل فرض المهر ، وأن الإجارة لا تجوز إلا مع تبين الأجر ، فدل على الفرق بينهما .

وسببه أن المعقود عليه في النكاح - وهو منافع البضع - غير محدودة ، بل المرجع فيها إلى العرف ، فلذلك عوضه الآخر ، لأن المهر ليس هو المقصود ، وإنما هو نخلة تابعة . فأشبه الثمر التابع للشجر في البيع قبل بدو صلاحه . ولذلك لما قدم وفد هوازن على النبي ﷺ وخيرهم بين السبي وبين المال ، فاختاروا السبي . قال لهم : إني قائم فخطب الناس ، فقولوا : إنا نستشفع برسول الله ﷺ على المسلمين ، ونستشفع بالمسلمين على رسول الله ، وقام فخطب الناس ، فقال : إني رددت على هؤلاء سبيهم ، فمن شاء طيب ذلك ، ومن شاء فإننا نعطيه عن كل رأس عشر قلائص من أول ما يفيء الله علينا « فهذا معاوضة عن الإعتاق ، كعوض الكتابة بإبل مطلقة في الذمة ، إلى أجل متقارب غير محدود ، وقد روى البخاري عن ابن عمر في حديث خير أن النبي ﷺ قاتلهم حتى ألجأهم إلى قصرهم ، وغلبهم على الأرض والزرع والنخل ، فصالحوه على أن يجلوها منها ، ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء والحلقة وهي السلاح ، ويخرجون منها . واشترط عليهم أن لا يكتموا ، ولا يغيبوا شيئا ، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد « فهذا مصالححة على مال متميز غير معلوم . وعن ابن عباس قال : « صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة : النصف في صفر ، والبقية في رجب ، يؤدونها إلى المسلمين ، وعارية ثلاثين درعا ، وثلاثين فرسا ، وثلاثين بعيرا ، وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها ، والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم ، إن كان باليمن كيد أو غارة » رواه أبو داود .

فهذا مصالحة على ثياب مطلقة معلومة الجنس ، غير موصوفة بصفات السلم ، وكذلك عارية خيل وإبل وأنواع من السلاح مطلقة غير موصوفة عند شرط ، قد يكون وقد لا يكون .

فظهر بهذه النصوص أن العوض عما ليس بمال - كالصداق والكتابة والفدية في الخلع والصلح عن القصاص والجزية والصلح مع أهل الحرب - : ليس بواجب أن يعلم ، كما يعلم الثمن والأجرة ، ولا يقاس على بيع الغرر كل عقد على غرر ، لأن الأموال إما أنها لا تجب في هذه العقود أو ليست هي المقصود الأعظم منها ، وما ليس هو المقصود إذا وقع فيه ضرر لم يفض إلى المفسدة المذكورة في البيع ، بل يكون إيجاب التحديد في ذلك فيه من العسر والخرج المنفي شرعا ما يزيد على ضرر ترك تحديده . أهـ^(١) .

(١) القواعد النورانية ص ١١٥ - ١٣٧ .

« خلاصة الأمر الثاني »

٢ - الأمر الثاني : ذكر خلاف الباحثين في حكمه ، وأدلة كل فريق منهم ، مع المناقشة .

تمهيد :

يتوقف إبداء الحكم في التأمين على أمرين ، الأول تصويره ، ليعرف واقعه ، وقد تقدم ذلك في الأمر الأول .

الثاني معرفة المصادر الشرعية التي يرجع إليها في الحكم عليه ، من نصوص عامة ، أو مقاصد شرعية ، أو قواعد فقهية عامة ، أو نظائر جزئية من الفقه الإسلامي يقاس عليها ، ومع معرفة الأمرين قد يقع الاختلاف في الحكم عليه بين العلماء ، إما لاختلاف نظرهم في شيء يرجع إلى تفصيل الأمر الأول ، ككون الغرض الأصلي منه التجارة والربح أو التعاون على الخير ، وكونه عقداً احتمالياً أو غير احتمالي ، وإما لاختلاف نظرهم في تطبيق النصوص العامة ، أو في إدراجه تحت قاعدة شرعية عامة ، أو في إلحاقه بنظير جزئي بعد تسليم حكم النظير ، ولهذا اختلف الباحثون العصريون في حكمه أو في حكم صور منه وفيما يلي بيان ذلك مع الأدلة والمناقشة :

الأول : اختلف الباحثون من المعاصرين ومن سبقهم في حكم التأمين التجاري ، فمنهم من قال بتحريمه مطلقاً ، ومنهم من قال بجوازه مطلقاً ، ومنهم من فصل فحرم بعض صوره ، وأباح منه صوراً أخرى ، مع اتفاق من اطلعنا على كلامه من الكاتبين العصريين على جواز ما يسمى بالتأمين التعاوني أو التبادلي .

وقد يقال : من أن ما يسمى بالتأمين التبادلي حرام ، لأنه ربا ، بناء على توسع في تطبيق القاعدة المشهورة « كل سلف جر نفعا فهو حرام » فإن كل مشترك يعتبر مسلفا بالنسبة لمن أصابه الحادث ، وهو ينتظر أن يعود إليه نفع من رصيد الاشتراك إن قَدَّر أن ينزل به حادث ، فالقصد إلى الانتفاع بالرصيد محقق عند دفعه قصد الاشتراك ولولا ذلك ما اشترك ، وسواء انتفع في المستقبل بالفعل أم لم ينتفع .

الثاني : أدلة هذه الأقوال مع المناقشة :

١ - أدلة القائلين بمنع التأمين التجاري مطلقاً :

أ - استدلووا بأن عقد التأمين من عقود المعاملات المالية الملزمة ، على ما عرف من نظام التأمين وهي مشتملة على الغرر ، فكانت ممنوعة شرعا ، وبيانه من وجهين :

الأول : إنها عقود يلتزم فيها كل من المتعاقدين بعوض مالي للآخر ، فهي عقود معاوضة مالية ، ويقصد كل منهما الربح ، ولذا يقوم المؤمن بالإحصاء ، ويحتاط بالشرط ونحوها ليربح من وراء جملة المستأمنين غالبا ، وإن خسر بالنسبة لبعض العقود ، والمستأمن يقصد إلى الأمان بضمان المؤمن مبلغ التأمين له ، فهو إذن عقد تجاري يقصد منه الربح ، وإذا كان عقداً تجارياً ملزماً لكل من المتعاقدين بما التزم به . من العوض المالي حرم فيه الغرر بخلاف عقود التعاون والتبرعات ، فإنها ليس فيها مغالبة ولا قصد إلى ربح مادي فلا مخاطرة فيها أو لا يضر فيها الغرر والمخاطرة .

الثاني : أنه عقد احتمالي كما اعترف به رجال التأمين ، وذكره في خصائصه ، وذلك لأن كلاً من المتعاقدين لا يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي وما يأخذ ، ولا مدى كسبه أو خسارته حيث أنه معلق على

أمر غير محقق الحصول ، أو غير معروف وقت حصوله في المستقبل ، فكان من عقود الغرر .

ونوقش أولاً : بأن عقود التأمين ليست من عقود المعاوضة التجارية التي يقصد بها الربح حتى يكون ما ادعى فيها من الغرر موجبا للتحريم ، وإنما هي عقود تعاونية لما فيها من المساعدة على تكوين رؤوس الأموال ، وإنما الثروات ، والنهوض بالمشروعات وتحقيق الأمن للأسر ، والإنقاذ من الشدائد عند نزول الكوارث ، إلى غير هذا مما يعد من مزايا التأمين .

وأجيب بأنها مجرد دعوى يردها واقع عقود التأمين وما ذكر في خصائصها مما أشير إليه في الاستدلال فهي عقود معاوضة مالية رائدة الكسب ، وباعثها الربح ، وحاميها احتياط شركات التأمين لأثرهم بالاحتياط بالنظم والشروط والخداع والتغير ، وليس للمستأمن عند التعاقد إلا التسليم لما في وثائق التأمين ، ولذا سميت عقود إذعان ، وفسرت عند التقاضي لمصلحة المستأمن ، ووقفت الحكومات منها موقف المدافع عن المستأمن ، وما ينشأ عنها من التعاون فهو أمر ثانوي بالنسبة إلى الأصل فيها من أنها عقود تجارية القصد الأول منها الكسب عن طريق طابعه التغير والخداع ..

ونوقش ثانياً : بأنها على تقدير كونها عقودا تجارية يقصد منها الربح لا غرر فيها لأن كلا المتعاقدين قد دخل على شروط معلومة له وقت العقد ورضي بها ، وكل منهما كاسب ، فالمستأمن كاسب على كل حال ، تحقق الخطر أم لم يتحقق ، والمؤمن كاسب على كل حال بالنسبة لما يربحه من جملة المستأمنين .

وأجيب بأن المستأمن قد يدفع الأقساط كلها ولا يعود إليه شيء ، وذلك عند السلامة من الخطر ، وقد يدفع قسطا واحداً ويعود إليه مبلغ

التأمين ، ويكون أضعاف القسط الذي دفعه ، كما في التأمين على الحياة ، وأما المؤمن فهو مخاطر مخاطرة فاحشة بالنسبة لكل عقد بانفراده ، فإنه قد يخسر خسارة فادحة بدفعه لجميع مبلغ التأمين عند تحقق خطر الموت مثلاً بعد تسديد المستأمن قسطاً واحداً ، ولا يبيح له اقتحام المخاطر في العقود الفردية ربحه الغالب من مجموع عقود التأمين ، فإن كل عقد من عقود التأمين مستقل عن الآخر بالنسبة للحكم عليه بحل أو حرمة .

ونوقش ثالثاً : بأن عقود التأمين على تقدير تحقق الغرر فيها فليس كل غرر في العقود المالية محرماً ، إنما المحرم منها ما كان فاحشاً متجاوزاً حدود التسامح ، بحيث يعتمد على مجرد الخط في خسارة واحد وربح آخر دون مقابل مثلاً ، فإذا بلغ هذا المبلغ من المخاطرة لم يكن ما دخل فيه من عقود المعاملات مباحاً ، ولا أساساً يعتمد عليه في تصرفات اقتصادية ، يؤيد هذا ما بين به النبي ﷺ نهي عن الغرر من بيع المضامين والملاقيح وبيع الحصاة والملازمة والمنازمة ، وما أجمع عليه من تحريم بيع السمك في الماء والطير في الهواء ، وما إلى ذلك .

أما إذا كان الغرر يسيراً فلا يدخل في النهي عن بيع الغرر ، إذ قلما تخلو منه تصرفات الناس ومعاملاتهم في تجارتهم وإجاراتهم وصناعاتهم ، ولذا أجازها العلماء وتسامحوا فيه ، وإلا لضاعت دائرة الحلول ووقع الناس في حرج .

وأجيب : بأن العلماء قسموا الغرر بالنسبة لتأثيره في عقود المعاوضات المالية وعدم تأثيره فيها ثلاثة أقسام ، غرر كثير يفسد عقود المعاوضات إجماعاً ، كبيع الملازمة والمنازمة والحصاة ، وغرر يسير لا يفسدها إجماعاً ، كبيع الجزر والفجل واللوز والجح دون الوقوف على ما في جوفها بكسر وحفر مثلاً ، وغرر متوسط بينها كبيع المعين على الوصف

دون رؤية ، فهذا متردد بينهما لأخذه بشبه من كل منهما ، ولذا كان مثار خلاف بين العلماء في الحكم بالتسامح فيه وفي اعتباره مؤثرا في العقود .

ولا شك أن غرر عقود التأمين من النوع الأول ، لأن الخطر ركن من أركانها ، وعنصر من عناصرها كما تقدم بيانه في أركان التأمين وعناصره .
 ب - واستدلوا بأن عقد التأمين ضرب من ضروب المقامرة ، لما فيه من المخاطرة في معاوضات مالية ومن الغرم بلا جناية أو تسبب فيها ، ومن الغنم بلا مقابل أو مقابل غير مكافئ ، فإن المستأمن قد يدفع قسطا من التأمين ثم يقع الحادث فيغرم المؤمن كل مبلغ التأمين ، وقد لا يقع الخطر ومع ذلك يغنم المؤمن أقساط التأمين بلا مقابل ، وإذا استحكمت فيه الجهالة بما يعطي وما يؤخذ أو برفعهما من جانب أو من الجانبين كان قمارا ودخل في عموم النهي عن الميسر في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ ^(١) الآيتين .

ونوقش بمنع كونه قمارا ، لأن التأمين جد ، وفيه تبادل المنافع من الجانبين مع وثوق كل من المؤمن والمستأمن من الوصول إلى الكسب والانتفاع ، بخلاف القمار فإنه لعب وهو ، واقتحام لضروب من المخاطرة وجناية قد تأتي على المال كله ، وقد يجاب بأن في التأمين أيضا اقتحاما للمخاطر ، وعدم وثوق بقدر ما يصل إلى المستأمن أو المؤمن من الكسب والانتفاع أو زمن وصوله فكان التأمين قمارا أو في معناه فيحكم له بحكمه ، ثم ليس كل ما فيه كسب أو انتفاع مشروعاً حتى ترجح منفعة مضرته ويغلب خيره شره .

(١) سورة المائدة ، الآية ٩٠ .

ج - واستدلوا بأن الربا أصيل في عقود التأمين ، لا تنفك عنه إلا بالقضاء على عقودها والتخلص منها إلى بديل يرتفق به دونها ، وإلى جانب ما فيها من ربا أصيل معاملات ربوية أخرى طارئة ، وبيان ذلك : **الأول :** إن المستأمن يدفع ما عليه من العوض المالي الربوي كله أو أقساطا ، حسب مقتضى العقد ليأخذ المقابل من المؤمن بعد زمن أو يتحملة عنه إذا وقع الخطر ، وهذا هو ربا النساء المحرم بالنص والإجماع ، ولا يمكن الانفكاك منه إلا بالتخلص من عقود التأمين نفسها لأنه أساسها الذي لا يكون عقد التأمين إلا به .

الثاني : فيه ربا الفضل صريحا أو حكما للشك في التماثل بين ربويين ، وربا الفضل محرم بالنص والإجماع ومن روى عنه من الصحابة جوازه فقد رجع عنه بعد مناظرة الصحابة وإطلاعه على نص التحريم .

الثالث : إن شركات التأمين تستغل رصيدها في معاوضات ربوية ، وإن المستأمن يعود إليه مبلغ التأمين مع فائدة ربوية بعد انتهاء مدة التأمين دون حصول الخطر المؤمن منه .

ونوقش بأن موضوع البحث نفس عقود التأمين التي أبرمت بين الشركة والمستأمن لا ما تقوم به شركات التأمين في استثمار رصيدها استثماراً ربوياً ، فالدليل في غير محل النزاع ، وأما ما يأخذه المستأمن من الفائدة الربوية في بعض صور التأمين فليس من أركان التأمين ولا لازماً له بل من الشروط التي يمكن التخلص منها باشتراط عدم الفائدة أو بترك اشتراطها على الأقل .

وأجيب : بأنه إن أمكن التخلص من الوجه الثالث من وجوه الاستدلال فلا يمكن التخلص من الاستدلال بالوجه الأول والثاني إلا بترك التأمين التجاري نفسه .

د واستدلوا بأن التأمين من قبيل الرهان المحرم لأن كلا منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة ولم يبح الشرع من الرهان إلا ما فيه نصرة للإسلام وظهور لأعلامه بالحجة والسنان ، ومن هذا أن النبي ﷺ راهن على فرس يقال له سبحة فسبق الناس فبش لذلك وأعجبه^(١) وأقر الصديق رضي الله عنه على ما كان بينه وبين مشركي العرب من المراهنة بشأن حرب كانت بين الروم والفرس^(٢) ، ولهذا حصر النبي ﷺ رخصة الرهان في ثلاثة بقوله « لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل^(٣) فما كان في معنى الثلاثة مما فيه نصرة الإسلام بالسلاح أو العلم والبرهان جاز ، وليس التأمين من ذلك .

ونوقش ذلك بما تقدم من مناقشة الاستدلال على منع التأمين بأنه قمار ، وأجيب عنه أيضا بما تقدم من الجواب عن هذه المناقشات هناك ، فلا نطيل بالإعادة خشية كثرة التكرار .

هـ - واستدلوا بعموم النهي عن أكل الأموال بالباطل في قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٤) قالوا إن عقود التأمين تتضمن الغرر والقمار والربا وأخذ مال الغير في المعاولات التجارية بلا مقابل ، فكان من أكل أموال الناس بالباطل ، فدخل في عموم النهي في الآية .

ونوقش بأنه لا يدخل في عموم النهي حتى يقوم دليل تفصيلي على منعه ، لأن أكل الأموال بالباطل كلمة مجملة . وأجيب بما تقدم تفصيلا من

(١) أخرجه أحمد في مسنده عن أنس رضي الله عنه .

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه أحمد وأهل السنن عن أبي هريرة .

(٤) سورة النساء الآية ٢٩ .

الأدلة الدالة على اشتماله على الربا والغرر والقمار وغيرها من المحظورات ، فكان داخلا في عموم النهي في هذه الآية وما في معناها من نصوص الكتاب والسنة .

و - واستدلوا بأن في عقود التأمين الإلزام بمالا يلزم شرعا ، وبيانه أن المؤمن لم يحدث الخطر المؤمن منه ولم يتسبب في حدوثه ، وإنما كان منه مجرد التعاقد مع المستأمن على ضمان الخطر على تقدير وقوعه مقابل مبلغ يدفع المستأمن له ، فكان حراما ، لما فيه من تضمين من لا يضمن ، وأيضا فيها أن المؤمن يأخذ مال المستأمن في عقود معاوضات مالية تجارية دون أن يبذل عملا للمستأمن .

ونوقش بأن المؤمن التزم بالضمان حين العقد برضاه وعن طيب نفس منه ، فالزم بما التزم ولا غضاضة في ذلك ، لوجود نظير له وهو الكفالة ، وأجيب بالفرق فإن المؤمن لم يلتزم بالضمان تبرعا منه ورغبة في فعل المعروف ، وإنما رغب طمعا في الكسب المادي ، وحرصا على تملك ما بذله المستأمن له من العوض ، فليس مثل الكفالة التي هي محض معروف وإعانة على سبب بعث الثقة في نفس المضمون له دون مقابل مادي يعطاه .

٢ - أدلة القائلين بجواز التأمين التجاري مطلقا .

أ - استدلووا بقياس عقود التأمين على عقد ولاء الموالة ، وفسروه بأن يقول شخص مجهول النسب لآخر : أنت وليي تعقل عني إذا جنيت وترثني إذا أنا مت ، أو أن يتفق شخص من غير العرب قد أسلم مع عربي مسلم على أن يلتزم العربي بالدية إذا جنى مولاه ، يلتزم غير العربي أن يرثه مولاه العربي إذا لم يكن له وارث سواه ، ووجه الشبه بينه وبين

التأمين أن العربي يتحمل جنائية غير العربي بعقد الموالاة مقابل إرثه ،
والمؤمن يتحمل جنايات المستأمن نظير ما يدفعه من أقساط التأمين ،
فالمؤمن نظير المسلم العربي في تحمل المسؤولية ، والمستأمن نظير المولى
المسلم من غير العرب فيما يبذل من أقساط أو إرث ، وقد صحح الحنفية
عقد ولاء الموالاة ، وأثبتوا به الميراث ، وعقود التأمين وثيقة الصلة وقوية
الشبه به فتخرج عليه ويحكم لها بحكمه وهو الجواز .

ونوقش بما يأتي :

الأول : بأن عقد ولاء الموالاة وإن كان معمولاً به بالنسبة للنصرة
ونحوها فهو مختلف في نسخه وأحكامه بالنسبة للإرث به ، والأدلة
الصحيحة تشهد لنسخ الإرث به فلا يصح التخرج عليه .

والثاني : بأن من شرط القياس أن يكون المقيس عليه منصوصاً
أو مجمعا عليه وإلا فللمخالف في الفرع أن يمنع حكم الأصل فلا يكون
القياس مفيداً في إلزام المخالف حكم الفرع ، ثم هذا يتوقف على قول
الحنفية بتحمل المولى جنائية مولاه بعقد الموالاة ، فهل الحنفية يقولون
بذلك حتى يتم الشبه والتخرج على مذهبهم ، ولم يبين المستدل ذلك .

والثالث : بوجود الفارق ، فإن عقود التأمين هدفها الربح المادي
المشوب بالغرر والقمار وفاحش الجهالة بخلاف عقد ولاء الموالاة فالقصد
الأول فيه إلى التأخي في الإسلام والتناصر والتعاون في الشدة والرخاء
وسائر الأحوال ، وما يكون من كسب مادي فالقصد إليه بالتبع ،
وشتان ما بين عقد يكون المتعاقد به كفرد من الأسرة وبين عقد لا يحس
فيه كل من المتعاقدين بشيء من العاطفة الإنسانية والإخاء الإسلامي نحو
الآخر ولا يتحسس كل منهما عن أحوال صاحبه إلاّ تحسناً تجارياً ليس
لخالص مودة أو صدق إخاء وإنما هو من خشية الإفلاس أو الغرامة عند

العطب ، فطابع هذا العقد التكالب على المال ، والحرص الممقوت على جمعه من طرق شعارها المخاطرة ودثارها المقامرة فكيف يقاس بعقد عماره الإحسان وإسداء المعروف .

والرابع : بأن هذا الاستدلال على تقدير تسليمه لا يدل إلا على جواز فرع من فروع التأمين وصورة من صوره ، وهي التأمين ضد المسؤولية ، والمدعي جواز التأمين مطلقا ، فلا مطابقة بين الدليل والدعوى .

ب - استدلووا بقياس عقود التأمين على الوعد الملزم عند الملكية ، وبيانه أن يعد إنسان غيره بقرض أو تحمل خسارة أو إعارة كتاب أو دابة ونحو ذلك مما ليس واجبا عليه في الأصل ، ونقلوا عن الملكية في حكم المسألة أربعة أقوال ، الأول لزوم الوفاء مطلقا فيقضي به ، والثاني عدم اللزوم مطلقا فلا يقضي به ، الثالث اللزوم إذا ذكر للعدة سبب وإن لم يباشر الموعود ما وعد من أجله ، الرابع إذا ذكر لها سبب وباشر الموعود ما وعد من أجله ، ونقلوا عنهم أن الراجح هو الرابع . قالوا فيمكن قياس عقود التأمين على ذلك . فيقال : أن المؤمن قد التزم لكل مستأمن ولو بلا مقابل على سبيل الوعد أن يتحمل أضرار الخطر المؤمن منه كما لو التزم إنسان أن يعوض غيره عن خسارته في شيء قد أمره ببيعه فباعه بخسارة ، فإنه يجب عليه الوفاء بما التزم عند الملكية ، لأنه عِدَّة على سبب باشره .

ونوقش بما يأتي :

الأول : أنه قياس على أصل مختلف فيه ، وهو ممنوع لما تقدم بيانه .
والثاني : بأنه قياس مع الفارق ، فإن الوعد بقرض أو إعارة أو تحمل خسارة مثلا من باب المعروف المحض ، فكان الوفاء به واجبا أو

من مكارم الأخلاق ، بخلاف عقود التأمين ، فإنها معاوضة تجارية باعثها الربح المادي فلا يغتفر فيها ما يغتفر في التبرعات من الجهالة أو الغرر فشتان ما بين حقيقة العقدين ، وما يقصد بكل منهما .

والثالث : أنه على القول الراجح مما تقدم إنما وجب الوفاء وقضى به لأن الوعد هو الذي جرأ الموعد على الدخول في السبب ولولا وعده ما باشره ، فإذا لم يف له بوعده كان مغرراً به موقعاً له في مشاكل ومضار كان في عافية منها ، فالإلزام بالوفاء للتغريض بالموعد ، لا لعوض بذل .

والرابع : إنه على تقدير أن تكون عقود التأمين وعوداً فالفارق بين الوعدين أن ما ذكره المالكية وعد بمعروف محض فكان الوفاء به واجبا ، بخلاف الوعود المزعومة في عقود التأمين ، فإنها إلتزامات منكرة لما تقدم ، فكان التخلص منها واجبا والمضاء فيها حراما .

ج - واستدلوا بأن عقود التأمين من عقود المضاربة أو في معناها ، وبيانه أن المتعاقدين في المضاربة يتفقان على أن يدفع أحدهما مالا ليعمل فيه الآخر ، على أن ما كان من ربح فهو بينهما ، وهذا ينطبق على عقود التأمين فإن المستأمن يدفع الأقساط مثلاً ، وشركة التأمين تستغل ما اجتمع لديها من الأقساط ، والربح بينهما حسب التعاقد ، وإذا كانت من عقود المضاربة أو في معناها فهي جائزة .

ونوقش بمنع أن يكون عقد التأمين من عقود المضاربة أو أن يكون فيه شبه منها ، وذلك لوجوه : الأول : أن رأس المال في المضاربة لم يخرج عن ملك صاحبه ، وما يدفعه المستأمن يخرج بعقد التأمين من ملكه إلى ملك الشركة حسب ما يقضي به نظام التأمين ، **الثاني :** أن رأس مال المضاربة يستحقه ورثة مالكة عند موته ، وفي التأمين قد يستحق الورثة

نظاما مبلغ التأمين ولو لم يدفع مورثهم إلا قسطا واحدا وقد لا يستحقون شيئا إذا جعل المستفيد سوى المستأمن وورثته ، الثالث : أن الربح في المضاربة يكون بين الشريكين نسبا مئوية مثلا ، بخلاف التأمين فربح رأس المال وخسارته للشركة وليس للمستأمن إلا مبلغ التأمين أو مبلغ غير محدود .

د - قياس عقود التأمين على ضمان المجهول ، وضمان مالم يجب . فيصح ضمان المؤمن لما التزم به للمستأمن عند وقوع الخطر ويجب عليه الوفاء به كما صح ضمان المجهول ووجب الوفاء به ، وإن كان الملتزم به مجهولا فيهما .

ونوقش بأنه قياس مع الفارق لوجوه :

الأول : أن الضمان نوع من التبرع يقصد به الإحسان المحض بخلاف التأمين ، فإنه عقد معاوضة تجارية يقصد منها أولاً الكسب المادي ، فإن ترتب عليه معروف فهو تابع غير مقصود إليه ، والأحكام يراعى فيها الأصل لا التابع مادام تابعا غير مقصود إليه ، ولذا اغتفر في الضمان مالم يغتفر في المعاوضات المالية كالجهالة .

الثاني : أن الضامن لا يأخذ عوضا عن الضمان بل اشتراط ذلك يفسده بخلاف التأمين فإن المؤمن يأخذ أقساط التأمين عوضا عن ضمانه .

الثالث : أن عقد التأمين فقد فيه ركن من أركان الضمان وهو المضمون له ، فلا يجوز قياسه عليه اللهم إلا أن يقال أن المضمون له هو المضمون عنه وهو المستأمن .

الرابع : أن الضمان يكون فيه الضامن فرعا عن المضمون ، وعليه فليس لصاحب الحق الرجوع على الضامن إلا بعد العجز عن أخذ حقه

من المضمون ، وعلى أشد الأحوال يكون صاحب الحق مخيرا بين الرجوع على الضامن أو المضمون ، وليس كذلك الحال في التأمين فإن رجوع صاحب الحق على المؤمن دون المستأمن .

الخامس : أن الضامن يرجع على المضمون بما دفع عنه ، وليس كذلك الحال في التأمين بكونه معاوضة لا ضمانا ، وإذا ثبت الفرق بينهما في الحقيقة والآثار لم يصح قياس التأمين على الضمان .

هـ - واستدلوا بقياس عقود التأمين على ضمان خطر الطريق .

وبيان ذلك أنه إذا قال شخص لآخر : اسلك هذا الطريق فإنه آمن ، وأن أصابك فيه شيء فأنا ضامن ، فسلكه فأخذ ماله ضمن القائل ، فكذا القول في عقود التأمين ، فإن المؤمن ضمن للمستأمن مبلغا يدفعه له أو عنه أو للمستفيد بشروط تراضيا عليها ، فإذا أجاز ضمان خطر الطريق مع وجود الجهالة ولزم الوفاء به عند حصول الحادث جازت عقود التأمين ولزم الوفاء بها ، حيث لا فرق ، ومن فرق بينهما كابن عابدين لو كان في عصرنا ، وشاهد تزايد أسباب الأخطار ، وعرفوا فكرة التأمين ، ولمسوا الضرورة التي نلمسها لما ترددوا في مشروعية نظام التأمين .

ونوقش بأن بينهما فروقا .

الأول : أن الضمان نوع من التبرع يقصد به المعروف المحض ، والتأمين عقد معاوضة مالية يقصد منها أولا الربح المادي ، فإن ترتب عليه معروف فهو تابع غير مقصود إليه ، والأحكام يراعى فيها الأصل لا التابع مادام تابعا غير مقصود إليه ، ولذا اغتفر في الضمان مالا يغتفر في عقود المعاوضات المالية ، وأفسده اشتراط العوض عن الضمان .

الثاني : أن تضمين خطر الطريق لا يكون إلا إذا كان الضامن مغرراً بالمضمون ، بأن كان عالماً بخطر الطريق وأمره بسلوكه ، وأخبره بأنه آمن ، وكان السالك جاهلاً بالخطر فالتضمين للتغيير لا لمجرد الضمان ، وشركات التأمين تقرر التضمين مطلقاً ، ثم هي لا ترضى أن يلصق بها ولا يسرها أن يعرف عنها أنها تغرر بالمستأمنين .

الثالث : أنه على تقدير إلزام الضامن بالغرامة مطلقاً فإنما يكون ذلك بعد العجز عن تسليم الحق من المعتدي أو المتسبب ، أو عند اختيار صاحب الحق أخذها منه ابتداءً وشركات التأمين تضمن الغرامة للمستأمن على كل حال دون المعتدي أو المتسبب مادام الخطر قد تحقق مع توفر الشروط المتفق عليها .

الرابع : أن الضامن يرجع على المضمون بما دفع عنه ، وشركات التأمين إنما ترجع على المعتدي أو المتسبب بقيمة التالف أو مثله .

الخامس : أنه لا يوجد في كثير من صور التأمين ما يمكن أن يعتبر مكفولاً ، فلا يصح قياسه على الكفالة لفقده ركناً من أركانها .

أما ما ذكره المستدل من أن ابن عابدين وأضرابه من العلماء لو كانوا معنا اليوم وشاهدوا تزايد أسباب الأخطار وعرفوا التأمين والضرورة إليه لأباحوه فمناقشته تأتي عند مناقشة استدلالهم بالضرورة .

و - استدلووا بقياس عقود التأمين على نظام التقاعد .

وبيان ذلك أن نظام التقاعد عقد معاوضة يقوم على اقتطاع جزء ضئيل من مرتب الموظف شهرياً بنسبة محدودة ليعطي هو أو من يستحق من أسرته مرتباً شهرياً يتناسب مع مدة خدمته وآخر مرتب كان يتقاضاه ، ويصرف ابتداءً من نهاية عمل الموظف في وظيفته بشروط محددة ، والتأمين عقد معاوضة بين المستأمن والمؤمن يجعل فيه مبلغ إلى

المؤمن ليعطي المستأمن عوضا عنه فيما بعد بشروط محددة فكلاهما عقد عجل فيه أحد العوضين وأجل الآخر مع وحدة الجنس ووجود نوع من الجهالة أو المخاطرة ، وقد شهدت جميع الدلائل الشرعية الإسلامية وفقهها بجواز التأمين التقاعدي بوجه عام ، ودلت على ذلك دلالة لا تقوم معها شبهة توهم التحريم ، وأقره علماء الشريعة الإسلامية ، بل رأوا العمل به ضروريا في نظام وظائف الدولة ، فإذا جاز تطبيق نظام التقاعد على الموظفين ، لما فيه من المصلحة ولأن الحاجة دعت إليه ، واعتبر من باب التعاون فلم يوجب ما فيه من الجهالة والمخاطرة في العوضين أو في زمنهما منعه ، فكذلك الحال في التأمين الذي أبرم بين المستأمن والمؤمن باختيارهما ورضاها .

ونوقش ذلك بما يأتي :

الأول : قول المستدل قد شهدت جميع دلائل الشريعة الإسلامية وفقهها بجواز نظام التقاعد مجرد دعوى مبالغ فيها لا يساندها دليل صحيح فضلا عن أن يكون لها أدلة لا تقوم أمامها شبهة توهم المنع ، ومثل هذه الدعوى لا يعجز أحد عنها ولا عن مقابلتها بمثلها .

الثاني : دعوى أن علماء الإسلام أقروا ما عرف بنظام التقاعد دون أية شبهة دعوى يردّها الواقع ، فإن المسألة نظرية ، ويوجد من العلماء المعاصرين من يخالف في ذلك .

الثالث : على تقدير اتفاقهم على الجواز هل يعتبر اتفاقهم إجماعا شرعيا تثبت به الأحكام وهم يعترفون على أنفسهم بالتقليد .

الرابع : إن كان ما يدعي من التقاعد عوضا عما اقتطع من الموظف شهريا فالكلام في حكمه كالكلام في حكم التأمين ، وربما كان التقاعد أشد ، لأن ما فيه من الغرر والمخاطرة والمقامرة أشد ، ولأن توزيعه يجري

على غير سنن المواريث شرعاً ، عطاءً مستمراً أو مؤقتاً أو حرماناً وإن كان ما يعطى من التقاعد مكافأة التزم بها ولي الأمر باعتباره مسؤولاً عن رعيته وراعى في صرفها ما قام به الموظف من خدمة الأمة ووضع لها نظاماً راعى فيه مصلحة أقرب الناس إلى الموظف ، ونظر إلى مظنة الحاجة فيهم فليس نظام التقاعد من باب المعاوضات المالية بين الدولة وموظفيها ، وعلى هذا لا شبه بينه وبين التأمين الذي هو من عقود المعاوضات المالية التجارية التي يقصد بها استغلال الشركات للمستأمنين ، والكسب من ورائهم بطرق غير مشروعة ، لأن ما يعطى في حالة التقاعد يعتبر مكافأة من حكومات مسؤولة عن رعيته ، وتصرفها لمن قام بخدمة الأمة كفاء لمعرفه ، وتعاوننا معه جزاء تعاونه معها ببذنه وفكره ، وقطع الكثير من فراغه في سبيل النهوض معها بالأمة .

ز - واستدلوا بقياس نظام التأمين وعقوده على نظام العاقلة ، فإن العاقلة تتحمل شرعاً دية قتل الخطأ عن القاتل ، وتخفيفاً لأثر المصيبة عن الجاني المخطيء ، وصيانة لدماء ضحايا الخطأ أن تذهب هدراً ، لأن القاتل خطأً قد يعجز عن دفع الدية فتضيع ، وشركات التأمين قد وضعت نظاماً للتعاون على ترميم الأخطار ، وتخفيف المصاب ، وتفرج الكرب وجعلته ملزماً عن طريق الإرادة الحرة ، كما جعل الشرع نظام المعاقلة إلزامياً دون تعاقد وكما ندب الشرع إلى التعاون في الشدائد ، وحث على إغاثة الملهوف وتفرج كربة المكروب فتوسعت الشركة في الإلزام في التعاون عن طريق التعاقد على ترميم سائر المخاطر ، وقد قال ابن القيم : كل ما يجوز بذله وتركه دون اشتراط فهو لازم بالشرط .

ونوقش بأن قياس عقود التأمين على نظام العاقلة في الإسلام قياس مع الفارق وبيانه من وجوه :

الأول : أن الأصل في تحمل العاقلة لدية الخطأ ما بينها وبين القاتل خطأ من الرحم والقربة التي تدعو إلى النصرة والتواصل والتعاون وإسداء المعروف ولو دون مقابل ، وعقود التأمين تجارية استغلالية تقوم على معاوضات مادية محضة ، لا تمت إلى عاطفة الإحسان وبواعث المعروف بصلة .

الثاني : أن ما يتحملة أفراد العاقلة يختلف باختلاف أحوالهم من غنى وفقر وتوسط بينهما أما أعضاء شركة التأمين فيتحملون على السواء في خصوص مال الشركة سواء في هذا ذكورهم وإناثهم غنيهم ومتوسطهم ولا ينظر في التحمل إلى ثروتهم الخاصة في تقدير ما يتحملة كل عضو ، وهذا مما يبعدها عن قصد المعروف والإحسان ، ويعين قصد أعضائها إلى التجارة واستغلال المستأمنين لإعانتهم على ترميم أخطارهم .

الثالث : أن صلة النسب والقربة تقضي بأن يكون أهل النصرة من القبيلة مسؤولين عن أفرادها في كثير من مشاكل الحياة ومطالبها ، فعليهم حل مشاكلهم والأخذ على يد مسيئهم ، وحماية ضعيفهم من غوائل الزمن وأحداثه ، وهذا المعنى مفقود في شركات التأمين ، إذ لا رابطة روحية بينها وبين المستأمنين ، ولا أواصر رحم تدعو إلى الإحسان ودفع الظلم والعدوان أو تجعل لها سلطانا على المستأمنين يخول لها الأخذ على أيديهم وتقويم اعوجاجهم . وإذا كان الشبه بين العاقلة والتأمين في بواعث التحمل وآثاره مفقوداً لم يصح أن يقاس أحدهما بالآخر .

ج - واستدلوا بقياس عقود التأمين على عقود الحراسة ، وبيانه أن عقود الحراسة وإن كان الحارس فيه مستأجراً على عمل الحراسة ، فالغاية

المقصودة منه هي الأمان ، ونتيجته معنوية هي الإطمئنان على سلامة الشيء المحروس من العدوان ، وليس كالمستأجر لنقل متاع أو على خياطة ثوب مثلا مما نتيجته حسية ، وعقود التأمين كذلك ، فإن المستأمن كالمؤجر ، كل منهما دفع جزءا من ماله لكسب الأمان ، والسلامة من الخطر ، والمؤمن كالحارس كل منهما أكسب صاحبه أمانا عوضا عما بذله من ماله .

ونوقش أولا : بأن الأمان ليس محلا للعقد في المسألتين ، وإنما محله في التأمين الأقساط ومبلغ التأمين ، وفي الحراسة الأجرة وعمل الحارس ، أما الأمان فغاية ونتيجة وإلا لما استحق الحارس الأجرة عند ضياع المحروس .

وثانيا : أن الحارس بذل عملا يستحق عليه العوض ، والمؤمن لم يبذل عملا للمستأمن ليأخذ عليه عوضا ، وإنما يبذل مالا عند وقوع الخطر ، والربا فيه محقق ، وربما لا يبذل شيئا إذا لم يقع الخطر ، فيكون أخذه للأقساط أكلا للمال بلا مقابل في معاوضات تجارية ، وهو باطل .
وثالثا : الحارس لا يضمن الشيء المحروس إلا إذا ثبت تفريطه أو اعتداؤه ، والمؤمن ضامن عند وقوع الخطر ، ولو كان بسبب قهري لا يد لأحد فيه ، وعلى هذا لا يصح القياس لوجود فروق في حقيقة كل من العقدين وآثارهما تمنع من الإلحاق .

ط - قياس التأمين على الإيداع .

وبيانه أنه يجوز الإيداع بأجرة للأمين وعليه ضمان الوديعة إذا تلفت فكذا يجوز أن يدفع المستأمن مبلغا لشركة التأمين على أن يؤمنه بعد خطر معين .

ونوقش بأن الأجرة في الإيداع عوض عن قيام الأمين بحفظ شيء في حوزته يحوطه بخلاف التأمين فإن ما يدفعه المستأمن لا يقابله عمل من المؤمن يعود إلى المستأمن بمنفعة إنما هو ضمان الأمن والطمأنينة ، وشرط العوض عن الضمان لا يصح بل هو مفسد للعقد . وإن جعل مبلغ التأمين في مقابلة الأقساط كان معاوضة تجارية جهل فيها مبلغ التأمين أو زمنه فاختلف عن عقد الإيداع بأجر .

ونوقش أيضا بأن التضمين في صورة الإيداع قاصر على ما يمكن الاحتراز عنه من الأخطار بخلاف التأمين فإن التضمين عام فيما يمكن الاحتراز منه ومالا يمكن .

ى - قياس التأمين على ما عرف بقضية تجار البز مع الحاكة .
وبيانه أن تجار البز اتفقوا على أن كل من اشترى منهم سلعة دفع درهما عند رجل يثقون به ليستعينوا بما اجتمع لديهم على ما يصيبهم من غرم ، وحاول الحاكة منعهم بدعوى أن ذلك ينقص من ربهم ، فحكم الشيخ العقباني بإباحة ذلك بشرط ألا يجبر أحد من التجار على دفع الدرهم فإذا جاز هذا جاز التأمين لما في كل منهما من التعاون على الغرم وترميم الأخطار .

ونوقش بأنه قياس مع الفارق ، إذ الأول من التأمين التبادلي وهو تعاون محض وما فيه البحث تأمين تجاري ، وهو معاوضات تجارية ، فلا يصح القياس .

ك - التأمين جرى به العمل ، وتعارفه الناس فيما بينهم ، فكان جائزاً ، لأن العرف من الأدلة الشرعية .

ونوقش بأن العرف ليس دليلاً تثبت به الأحكام ولا مصدراً من مصادر التشريع ، وإنما يبنى عليه في تطبيق الأحكام ، وفهم المراد من ألفاظ

النصوص ومن عبارات الناس في أيمانهم وتداعيمهم وأخبارهم وسائر ما يحتاج إلى تحديد المقصود منه من الأفعال والأقوال فلا تأثير له فيما تبين أمره ، وتعين المقصود منه ، وقد دلت الأدلة دلالة واضحة على منع التأمين ، فلا اعتبار به معها .

ل - اشتدت حاجة الناس إلى التأمين في إقامة المشروعات المتنوعة وفي تحقيق مصالح لا بد لهم منها في حياتهم . وفي دفع مضار وترميم أخطار لا يقوى الفرد على النهوض بها وحده فكان جائزا ، دفعا للمشقة والخرج عن الناس ، وتيسيرا لطرق الحصول على ما تقوم به حياتهم وتنظم به أمورهم وعلى ما تدفع به عنهم أحداث الزمان وغوائله .

ونوقش بأن الطرق المباحة لتحقيق المصالح وإقامة المشروعات كثيرة ، ولم يضييق الله على عباده فإن ما أباحه لهم من الطيبات وطرق كسبها أكثر أضعافا مضاعفة مما حرمه عليهم ، فليس هناك ضرورة معتبرة شرعا تلجئ إلى ما حرّمته الشريعة من التأمين ، وإنما هو إلف الكثير من الناس لما عهدوه وعكفوا عليه زمنا طويلا ، وما عليهم إلا أن يحملوا أنفسهم على البعد عنه والفظام منه ، وأن يختاروا طرقا أخرى مباحة لتكون بديلة عنه كالجمعيات التعاونية وشركات إنشاء المشروعات التي تقوم على رؤوس أموال الأعضاء ، والذي مكن لأعضاء شركات التأمين أن تقوم على قدم وساق بطريقة غير مشروعة يمكن لغيرها من القيام على سنن الشرع ، بل نرى كثيرا من الأفراد قد وفق الله كلا منهم لإقامة مشروعات ، ولا يحتاج هذا إلا لبذل النصح ، والنشاط في الدعاية التي تبث الطمأنينة إلى الطرق الأخرى المباحة ، والعمل على إيجاد وعي إسلامي يجلب إلى النفوس استثمار الأموال في الوجوه المشروعة دون جبن أو شدة خوف من شبح الخسارة تصد عن السعي والنشاط ، ودون

طمع كاذب أو زيادة حرص تدفع إلى أكل الأموال بالباطل .

م - واستدلوا بأن الأصل في عقود المعاملات الجواز مادامت لا تعارض كتاباً ولا سنة ولا مقصداً من مقاصد الشريعة ، وأنها لا تنحصر فيما كان من أنواعها موجوداً عند نزول الوحي ، ولا فيما كان معهوداً عند الناس في صدر الإسلام ، فيجوز للناس أن يحدثوا من عقود المعاملات ما شاءوا مما لا يتنافى مع نص أو مقصد شرعي ، ومن ذلك عقود التأمين ، فكانت جائزة .

ونوقش أولاً : بعدم تسليم أن يكون الأصل في عقود المعاملات الجواز ، بل الأصل فيها المنع حتى يقوم دليل على الجواز .
وثانياً : بأنه على تقدير أن يكون الأصل فيها الجواز فعقود التأمين قامت الأدلة على مناقضتها للكتاب والسنة وعلى هذا لا تكون عقود التأمين داخلة في عموم أصل الجواز ، وقد تقدم بيان ذلك في الكلام على أدلة التحريم مع المناقشة .

ن - واستدلوا بأن التأمين ضرب من ضروب التعاون المفيدة في تنمية الثروة ، والصناعات والنهوض بالمجتمع في مختلف مجالاته ومشروعاته ، وفي تفتيت الأخطار والتخلص من الأزمات ، إلى غير هذا مما عرف من مزايا التأمين ، وإذا تضمن مصلحة خاصة أو راجحة كان جائزاً بل مأموراً به لقوله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾^(١) ولأن تحقيق المصالح وجلب المنافع ودرء المفاسد من مقاصد الشريعة ، ومن رجع إلى وظائف التأمين ومزاياه تبين له ما فيه من جلب المنافع ودرء المفاسد والأخطار .

(١) سورة المائدة ، الآية ٢ .

وننقش أولاً : بمنع رجحان مافي التأمين من المصلحة على ما فيه من مفسدة ، بل مفسدته هي الراجحة ، وعليه لا يكون من التعاون على البر والتقوى بل من التعاون على الإثم والعدوان ، فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ ^(١) .

وثانياً : بأن من المصالح ما شهدت له الشريعة بالاعتبار وهذه لاشك في أنها حجة ومنها ما شهدت الشريعة بإلغائه فليس بحجة ، ومنها ما لم تشهد الشريعة له باعتبار ولا إلغاء بل كان من المصالح المرسله ، فاختلقت في الاحتجاج أنظار المجتهدين ، وعقود التأمين فيها جهالة وغرر وقمار فكانت مما شهدت الشريعة بإلغائه لطغيان جانب المفسدة فيه على جانب المصلحة ، كما ألغت منافع الخمر والميسر لطغيان ما فيها من خطر وإثم على ما فيها من منافع .

٣ - أما القائلون بالتفصيل بين أنواع التأمين فمنهم من فرق بين التأمين على الحياة ومافي معناها بقية أنواع التأمين التجاري فحرم الأول ومنع من الثاني ، واستدل لما منعه بأدلة المانعين للتأمين مطلقاً ، ولما أجاز به بأدلة المحيزين له مطلقاً ، وقد سبقت أدلة الطرفين مع مناقشتها .

ومنهم من فرق بين ما فيه من ربا وما خلا من الربا ، فأباح من عقود التأمين ما خلا من الربا ومنع ما اشتمل منها على ربا إلا أنه رخص فيما هو قائم منها بالفعل مؤقتاً للحاجة حتى تتاح الفرصة لوجود البديل وأوصى بالسعي الحثيث في إيجاد البديل للإستغناء به عن أنواع التأمين التي لا تخلو من الربا .

(١) سورة المائدة ، الآية ٢ .

واستدل لصور المنع والجواز بما تقدم من أدلة المانعين مطلقا والمجيزين مطلقا ، وقد سبق ذلك مع المناقشة .

ومن توقف لعدم بحثه أو عدم انكشاف وجه الحق له بعد بحثه فتوقفه لا يعتبر حكما فلا يطالب بدليل ، ولا توجه إليه مناقشة ، ويشكر على نصيحته ببذل الجهد لحل المشكل بالوصول إلى نتيجة حاسمة .

ونوقش ما قاله الدكتور السنهوري بما يأتي :

الأول : عقود التأمين عقود متعددة ، وكل عقد منها مستقل عن الآخر فيما اشتمل عليه من الزام والتزام ، ونظير ذلك من جهة التعدد ما يقع في شركة العنان بين أعضائها مثلا وبين عدد من المشترين منهم أو البائعين عليهم ، فكل عقد بين رجال الشركة وكل طرف آخر باع عليهم أو اشترى منهم عقد قائم بنفسه مستقل ، ولذا لا يلزم من فساد عقد منها فساد الآخر ولا من صحة عقد صحة الآخر ولا من الإقالة في عقد الإقالة في الآخر ... الخ ، وإن كان مال الشركة مختلطاً يحمل ربحه خسارته أو تقضي خسارته على ربحه مثلا ، ويسدد من مجموعته تبعات من تعامل معهم ، فوجدت رأس مال الشركة ووحدة مسؤوليتها أمام كل فرد أو جماعة عاملتها لا يقضي بوحدة العقود التي أبرمتها مع كل من تعاقد معها يباع أو شراء مثلا ، وشركة التأمين مع كل مستأمن لا يختلف عن ذلك وقد اعترف الدكتور بأن عقود التأمين لو نظر إليها هذه النظرة أي من جهة العلاقة ما بين المؤمن ومؤمن له بالذات لم يعد عقد التأمين أن يكون عقد مقامرة ورهان ، ويكون غير مشروع لا في الفقه الإسلامي ولا في جميع القوانين التي تحرم القمار والرهان ، إلا أنه حاول أن يلبس التأمين ثوبا جديداً بالنظر إلى العلاقة ما بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم حيث لا يكون إلا وسيطا ينظم لهم تعاونهم جميعا

على مواجهة الخسارة التي تحقق بالقليل ، والواقع أنه ليس وسيطا حقيقة وإنما هو أصيل في كل عقد بانفراده ملك به ما دفعه المستأمن إليه ملك التاجر لما بذل له من عوض يستثمره لمصلحته ، وقد تقدم أن وحدة الشركة ووحدة مسؤوليتها أمام المستأمنين ، لا يستلزم وحدة العقود وصرف النظر عن اعتبار كل منها مستقلا عن الآخر ، وعلى هذا يجب أن يراعى في الحكم على عقود التأمين كل عقد بانفراده .

الثاني : ذكر الدكتور أنه لا يصح التفريق بين التأمين الاجتماعي والتأمين الفردي ... الخ ويمكن أن يقال : إن هذا دفاع إلزامي لإسكات من يمنع التأمين الفردي أو التجاري لا يثبت بمثله جواز التأمين الفردي وقد يرجع عن التفريق فيسوي بينهما في المنع ، وبهذا يسقط الإلزام .

ويمكن أن يقال أيضا أن بين الاجتماعي والفردي فرقا ، فالاجتماعي القصد الأول فيه التعاون لا التجارة ، فإن داخله شوائب تبعث الريبة في جوازه أمكن تخليصه منها ، أما التأمين الفردي فالقصد الأول منه التجارة على غير السنن الشرعي ولا ينفك عن الربا والغرر والقمار لقيام أركانه عليها ، وعلى هذا لا يصح ما ذكر طريقا لإثبات جوازه .

الثالث : ذكر الدكتور أن عقد التأمين عقد جديد له مقوماته وخصائصه ، وليس من بين العقود أو النظم التي عرفها الفقه الإسلامي . ويمكن أن يسلم بأن عقد التأمين جديد باعتباره جزئيا له مقوماته وخصائصه لكن ليس بصحيح أن يقال : ليس من النظم التي عرفها الفقه الإسلامي ، بل هو مندرج تحت القواعد العامة في الفقه الإسلامي ، فيعرف حكمه من تطبيقها عليه ، ومن مقاصد الشريعة التي بحثها الأصوليون والفقهاء بحثا كليا ، ولا يمنع تمايزه عن العقود المسماة عند

الفقهاء التي عرفوها في بيئتهم أو عصرهم اندرجه تحت قاعدة فقهية عامة أو تحقيقه لمقصد من مقاصد الشريعة أو بقاؤه عليه ليعرف حكمه كما عرف حكم العقود المسماة الخاصة التي وقعت في العصور السابقة ، ولذا لم يكن بين العلماء إلاّ اختلاف النظر فيما يندرج تحته من كليات الشريعة وفقهها الإسلامي أو ما يلحق به من عقود أخرى مسماة تمايز عنه من جهة وتشبهه من جهة أخرى فيحكم له بما غلب شبهه به . فنرى منهم من يدرجه تحت ما يقتضي تحريره أو يلحقه بجزئيات يقوى شبهه بها ، ومنهم من يدرجه تحت كليات ومقاصد تقضي بجوازه أو يلحقه بجزئيات تقضي بجوازه لقوة شبهه بها ومنهم من تردد فتوقف .

الرابع : ما ذكر من مناقشة كونه قماراً أو تضمنه للربا أو الغرر سبق بحثه ومناقشته من المجيزين والممانعين فلا نعيد الكلام خشية كثرة التكرار .

هذا ما تيسر ذكره ، وبالله التوفيق وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم ،،،،

اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء

عضو

عبد الله بن عبد الرحمن بن غديان

رئيس اللجنة

إبراهيم بن محمد آل الشيخ

عضو

عبد الله بن سليمان بن منيع

نائب الرئيس

عبد الرزاق عفيفي